

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NATALI RISSON BELINOVSKI

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO A PARTIR DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.

CURITIBA
2015

NATALI RISSON BELINOVSKI

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO A PARTIR DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a. Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

NATALI RISSON BELINOVSKI

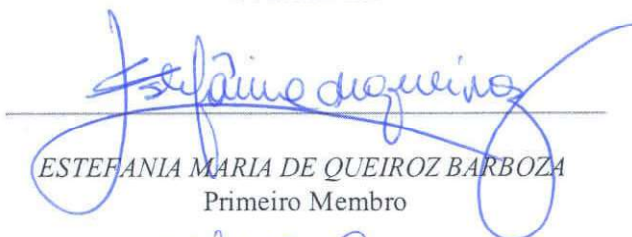
**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DE
DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO A PARTIR DA
CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA LEI ORGÂNICA DA
ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:




MELINA GIRARDI FACHIN
Orientador

Coorientador



ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Primeiro Membro



WILLIAM SOARES PUGLIESE - Direito Público
Segundo Membro

*Ao meu avô e incentivador Aldo, que neste
ano concluiu sua travessia pelo mundo.*

AGRADECIMENTOS

Ao olhar para trás e vislumbrar as pessoas que de alguma forma estiveram comigo do decorrer desse percurso só consigo pensar que o sentimento de gratidão é pouco, pois não abarca o que sinto em relação a vocês no concluir dessa etapa. Mesmo ciente dessa insuficiência, me atrevo a registrar um singelo agradecimento.

Meus pais, minha base e meu tudo: se cheguei até aqui é pelo amor incondicional e pelo imenso apoio de vocês. Sei que batalharam muito e desistiram de projetos pessoais para apostarem em minha educação e nos meus sonhos. Por tudo isso, pela compreensão, paciência e por darem, diariamente, significado à palavra amor, meu mais profundo obrigada.

Ao lado de vocês, agradeço à Aline, maior presente que me deram. *Little sis*, obrigada pela companhia, pela sintonia e pelo apoio, que se fizeram presentes mesmo com um oceano de distância nos separando. Você fez e faz muita falta.

À minha família como um todo, pedaços de mim, sejam os Risson sejam os Belinovski. Obrigada pelas palavras de incentivo e por compreenderem minhas ausências neste ano turbulento.

Às minhas amigas Giovanna, Júlia, Laís, Rafaella e Thalita, que fizeram parte da minha infância, da minha adolescência e desse início da vida adulta, provando a cada dia que as verdadeiras amizades persistem, independentemente dos diferentes rumos que tomamos.

Ainda, aos amigos que o Porto me deu e que compartilharam comigo o intercâmbio, experiência singular de aprendizado que tive durante a graduação. Em especial, Najla, Cristina e Giordana: trouxe vocês de *lá* e espero que nossa amizade cá perdure por muito tempo.

Sou muito grata também às referências profissionais e as equipes com que tive contato ao longo desses anos de estágios, seja no Tribunal de Justiça, seja no Ministério Público Federal, seja na Justiça Federal: Dra. Fernanda Karam de Chueiri Sanches, Dra. Patrícia Bergonse, Dra. Elena Urbanavicius e Dr. Luiz Antônio Bonat. Com vocês aprendi muito e tive a oportunidade de vivenciar o Direito na prática.

Ao me voltar à Santos Andrade, os agradecimentos se somam. Esta casa, além de abrir um mundo novo e de me propiciar percepções críticas sobre o Direito e sobre a vida, me deu novos amigos e a chance de conviver e aprender com grandes mestres.

Agradeço assim, à todos esses amigos que compartilharam diariamente o processo de graduação (sejam eles GRR2010, sejam GRR2011). Em especial, agradeço à Alani, Alessandra e Gabriela. Ter vocês tornou o cotidiano menos árduo e muito mais alegre nesses últimos anos. Obrigada por toda amizade e apoio!

Por fim, sou muito grata à todos os professores que tive no decorrer do curso. Cada um, à sua maneira, foi essencial nesse processo de formação. Obrigada pelo aprendizado, pelas discussões e pelos questionamentos.

Agradeço sobretudo à minha orientadora, Prof^a. Melina Girardi Fachin. Suas aulas impecáveis me despertaram o interesse para os direitos humanos e me fizeram ver uma face emancipatória do Direito. Obrigada pelos ensinamentos, sugestões, orientação e por ser uma fonte de inspiração.

Ainda, agradeço especialmente ao Prof. Leandro Gorsdorf, pelas aulas instigantes no Núcleo de Prática Jurídica, e ao Prof. Marcelo Conrado, pela orientação e apoio no projeto de extensão junto ao PROCON.

Vocês tornaram essa caminhada possível. À todos: muito obrigada!

*Encheram a terra de fronteiras, carregaram o céu de bandeiras, mas só há duas
nações – a dos vivos e dos mortos.*

(Mia Couto - Um rio chamado tempo, uma casa chamada terra)

Estamos no começo do conhecimento.

(Edgar Morin - O paradigma perdido: a natureza humana)

RESUMO

O trabalho aborda o incipiente tema do controle de convencionalidade, destacando seus delineamentos teóricos e investigando como tal instituto operacionalizou-se e pode ainda ser operacionalizado, em face da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Tal estudo é feito especificamente em face do impacto que a normativa internacional – que integra formal e materialmente o bloco de constitucionalidade brasileiro – teve ao integrar um novo conceito de deficiência à Constituição Federal e ao gerar, a partir disso, o confronto com o preceito previsto no art. 20, §2º da Lei Orgânica da Assistência Social. A análise perpassa, inicialmente, os contornos que os direitos humanos alcançaram na contemporaneidade. O lugar de centralidade que ocuparam a partir do contexto pós-Segunda Guerra redesenhou o Direito Internacional e impulsionou um movimento de expansão normativa, concretizado através de diversos tratados e convenções. Nesse cenário, as Constituições nacionais passaram a conviver com novas fontes de Direito, tornando imperiosas novas reflexões acerca da interação entre a ordem interna e a ordem internacional. Dentre as várias discussões suscitadas neste palco – como a polêmica sobre o status hierárquico atribuído aos tratados de direitos humanos – o controle de convencionalidade emerge como um novo personagem, apresentando-se como um mecanismo apto a possibilitar a comunicação entre as ordem interna e a ordem internacional, especialmente em prol da proteção de direitos humanos. Busca-se, assim, delinear tal potencial a partir do estudo da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pontuando os desafios e possibilidades que rondam o tema no Brasil em uma análise interdisciplinar que congrega tanto o direito constitucional como o direito internacional dos direitos humanos.

Palavras-chaves: Direitos humanos. Controle de convencionalidade. Diálogo das fontes. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Orgânica da Assistência Social.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITOS HUMANOS: SENTIDO, EXPANSÃO E IMPACTO NA CONTEMPORANEIDADE.....	12
2.1 PALAVRAS VIAJANTES: TERMINOLOGIA E HISTORICIDADE.....	12
2.2 A CONSTRUÇÃO DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS.....	17
2.3 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXOS JURÍDICOS E A EMERGÊNCIA DE NOVOS REFERENCIAS.....	24
3 REPENSANDO A INTERAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INTERNA E A INTERNACIONAL.....	32
3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONTROVÉRSIA ACERCA DO STATUS HIERÁRQUICO.....	32
3.2 AVANÇOS E CONTENÇÕES: O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO STF.....	41
3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO: DELINEAMENTOS E PERSPECTIVAS.....	48
4 A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES.....	65
4.1 UM NOVO PARADIGMA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	65
4.2. A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO NO BRASIL E OS REFLEXOS NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS).....	83

4.3 O CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE: UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	99
5 CONCLUSÃO.....	115
REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

Falar em direitos humanos e fundamentais, na esteira de Hannah Arendt¹, não é falar em um dado, mas sim em um construído, que continuamente se erige a partir da experiência humana. Se por um lado esse construído espelha evidentes conquistas sociais, por outro reflete uma constante busca por uma maior proteção e efetivação.

O fim da Segunda Guerra Mundial é marcado como um dos grandes momentos em que tal assertiva se demonstrou. Os horrores totalitários e o condicionamento do “direito a ter direitos” impuseram que se repensasse – ou se reconstruísse – diversos valores e concepções jurídicas tidas como certas. Um dos caminhos que se abriu para essa tarefa foi a expansão de direitos e garantias basilares para além das fronteiras nacionais. Esse processo fez emergir uma nova dinâmica entre a ordem interna e a ordem internacional, fazendo com que as fronteiras jurídicas, antes bem delimitadas, passassem a ser lentamente reconsideradas quando dissessem respeito à proteção do ser humano.

Ocorre que essa nova dinâmica, a despeito de comportar a harmonia, também carrega dissonâncias. Ainda se fazem presentes diversos debates teóricos e obstáculos práticos quando se fala nas interações entre as ordens jurídicas internas e externa em matéria de direitos humanos e fundamentais. Parte de tais problemas decorrem ora da falta de mecanismos aptos a supervisionar a compatibilização de ambas as ordens, ora do apego à velhos paradigmas, o que dificulta uma real integração, efetivação e ampliação protetiva.

Daí que - se os direitos humanos e fundamentais constituem um construído - impõe-se pensar, sobretudo, na forma como se lida com tais direitos e conteúdos que vão sendo edificados e que interagem a partir de distintas fontes. É nesse cenário que se coloca o presente trabalho.

Investiga-se aqui, como objetivo geral, o nascente tema do controle de convencionalidade, que coloca-se como um novo mecanismo a ser levado em conta

¹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

ao falar-se da interação entre fontes normativas plurais, mormente por seu potencial de servir como um novo meio para o aperfeiçoamento e realização de direitos mais essenciais da pessoa humana.

Nessa senda, buscar-se-á em um primeiro momento pontuar os delineamentos teóricos desse instituto, explicitando seus contornos tanto na ótica internacional como na ótica interna.

Em um segundo momento, afirmadas as bases do controle de convencionalidade, adentra-se no objetivo específico deste trabalho, que relaciona e ilustra o tema a partir do caso da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A proposta é investigar o impacto de tal normativa na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), analisando a forma como ela vem sendo aplicada e interpretada, e propondo, dentro dos limites de um trabalho monográfico, uma densificação do controle de convencionalidade em face do aludido tratado.

O caminho escolhido para tal investigação subdivide-se em três partes. No primeiro capítulo, far-se-ão algumas pontuações a respeito do sentido dos direitos humanos na contemporaneidade. Destacar-se-á, sobretudo, como esse sentido e o papel de centralidade adquiridos por esses direitos no decorrer do século XX redesenham o direito internacional e influíram no direito constitucional, sobretudo através da elaboração e internalização de tratados e convenções.

Em seguida, no segundo capítulo, será focado especificamente o cenário interno, pormenorizando como a Constituição pátria cuidou de receber tais influências normativas externas. Serão detalhadas as discussões sobre o status hierárquico conferido aos tratados, os avanços que se fez nesse debate, e como daí emergiu a ideia de um controle de convencionalidade.

Tecidas essas considerações teóricas, passa-se no terceiro capítulo à análise da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, apontando seu conteúdo, seu impacto na LOAS e como se operacionalizou (e ainda pode se operacionalizar) o controle de convencionalidade em relação à essa normativa.

A investigação é desenvolvida através de revisão doutrinária, normativa e jurisprudencial e guia-se de modo interdisciplinar, através da aproximação e do entrelaçamento que se dá hodiernamente entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional.

2 DIREITOS HUMANOS: SENTIDO, EXPANSÃO E IMPACTO NA CONTEMPORANEIDADE

2.1 PALAVRAS VIAJANTES: TERMINOLOGIA E HISTORICIDADE

O vocábulo “direitos humanos”, na precisa lição de Canotilho², é designado como uma palavra viajante, daquelas que percorrem diversos caminhos através dos tempos, carregando uma bagagem de inúmeros significados que se mostram a depender dos distintos cenários e espaços discursivos nos quais adentram.

Tal referência é ilustrativa da complexa tarefa de se buscar uma concepção do que sejam direitos humanos. Viajante que é, tal palavra apresenta-se sob distintas roupagens terminológicas e é analisada sob diferentes sentidos e perspectivas, sendo, portanto, objeto permanente de definições, classificações, e questionamentos³.

A falta de um consenso se verifica logo que nos deparamos com o leque de expressões utilizadas na doutrina e nos textos legislativos. Direitos do homem, direitos naturais, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos, liberdades públicas são algumas dentre um conjunto de expressões que, à primeira vista, conforme adverte Perez Luño⁴, “parecen designar a realidades muy próximas, si no a una misma realidade” àquela que se busca designar com o vocábulo direitos humanos.

Visando conferir um sentido próprio em meio à esse conjunto de expressões, algumas delimitações conceituais são recorrentes na doutrina, especialmente a partir da comparação de um vocábulo com outro.

No campo da terminologia, a identificação da expressão direitos humanos, vista sob a ótica positiva, é usualmente utilizada para designar o conjunto de direitos

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 11-12.

³ Conforme ensina Flávia Piovesan: “Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 29-30.

atribuídos a todos os seres humanos e positivados em um *locus* específico: o plano internacional. Nas palavras de Ingo Sarlet, trata-se de termo ligado aos documentos do direito internacional na medida em que fazem referência “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”⁵.

A delimitação conceitual conforme o plano de positivação normalmente se dá no “confronto” com a noção de direitos fundamentais. Nesse contexto, a incorporação em uma ordem constitucional específica seria justamente a linha que “divide” esses direitos dos direitos humanos. Os direitos fundamentais, assim, se definiriam como aqueles garantidos e delimitados dentro de um espaço-tempo, em outros termos, são aqueles “objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.⁶

Essa observação no que tange as expressões é didática e pertinente ao presente trabalho na medida em que as reflexões que serão posteriormente esboçadas situam-se justamente na intersecção do direito internacional e do direito constitucional. Por outro lado, é de certo modo, uma advertência teórica restritiva. Isso porque há que se reconhecer uma relação dinâmica existente entre essas duas noções.

Mesmo formalmente distintas, é impossível vislumbrá-las de modo apartado pois possuem um conteúdo material similar, porquanto traduzem aspirações e valores comuns aos seres humanos. São noções que andam lado a lado e se retroalimentam. Na lição de Sarlet “não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim de dimensões cada vez mais relacionadas entre si”.⁷

Essa aproximação, dada especialmente no período após as grandes guerras, tem evoluído para um processo de gradual diálogo e conformação, conforme se verá adiante. Daí que surgem entendimentos que aproximam os dois termos, concebendo

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011. p.29.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.393.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 265.

expressamente os direitos fundamentais como direitos humanos positivados nas Constituições⁸, ou ainda, unindo as palavras e formando uma nova “roupagem”, qual seja, “direitos humanos fundamentais”⁹. Ao lado dessa junção, emerge também um novo ramo de estudo do direito, o “direito constitucional internacional”.¹⁰

Ainda que as consequências de ordem prática possam ter peculiaridades a depender do plano em que se encontram, é certo que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais tem um caráter de essencialidade e por isso compõe um núcleo especial dentro dos tratados e convenções (no caso dos direitos humanos) e dentro das Constituições (no caso dos direitos fundamentais). Integram, pois, “as duas faces do direito público – a interna e a externa”.¹¹

Atrelada a essas comparações terminológicas entre os direitos humanos e os direitos fundamentais vale lembrar também que subjaz corriqueiramente a noção de “direitos naturais”. O termo remete ao jusnaturalismo e encerra a ideia de que existem direitos universais e imutáveis que decorrem de uma lei natural. Tal noção, a despeito de ser por vezes utilizada como sinônimo de direitos humanos, não deve ser assim concebida.

Ainda que em uma perspectiva histórica se verifique que os direitos humanos e os direitos fundamentais estão arraigados “no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem”¹², vistos como direitos pré ou supra-estatais, há que se ter em conta, consoante ensina Norberto Bobbio, que a positivação dos direitos humanos em normas internacionais, por si só, já aponta para sua historicidade e independência da noção de direitos naturais:

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (...)os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis

⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p.31.

⁹ Ingo Sarlet, fazendo referência à expressão cunhada pelo Prof. Manoel Ferreira Filho. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011. p. 33.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 528-529.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 29-30.

de transformação e de ampliação. Basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos.¹³

A lição de Bobbio ilustra que a busca de uma concepção para as palavras viajantes vai além da “roupagem”. É preciso sair do campo estrito dos vocábulos e reconhecer que a conceituação de direitos humanos não se limita à uma fixação terminológica a partir do direito positivo, mas, ao contrário, carrega consigo uma bagagem de complexos significados que se modificam no fluxo dos tempos. Nesse sentido, a advertência de Herrera Flores é certa: “los derechos humanos son algo más que dichas declaraciones y pactos”¹⁴.

Há, assim, que se pontuar o patente caráter histórico desses direitos, marcado por inúmeros fatos (políticos, econômicos, culturais), demandas e lutas sociais que antecederam sua construção e afirmação formal. Uma concepção a partir dessa característica, se mostra apta a conferir maior concretude à compreensão dos direitos humanos, evitando que sejam meras palavras flutuantes, mas sim “uma ideia viva que não pode ser aprendida apenas pelo *locus* textual normativo”¹⁵. Deve-se, portanto, ir além das palavras e ter em conta que suas definições não se dão apenas a partir de seu uso presente, mas “operan tambien con sus procesos de formacion y sus transformaciones”.¹⁶

Reconhecendo os direitos humanos como produto da história e como um conceito vivente, Herrera Flores conceitua-os como o conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Sob essa perspectiva, os direitos humanos não são apenas categorias normativas inseridas no plano internacional, existentes como um dever ser, ou como algo a ser posto em prática. Ao contrário, “se van creando y recreando a medida que vamos actuando em el proceso de construccion social de la realidad”.¹⁷ Trata-se de uma perspectiva crítica em relação à positivação, pugnando que esta se oriente a partir das demandas concretas daqueles que sofrem e se beneficiam desses

¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004. p. 30-32.

¹⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao, Spain: Desclée de Brouwer, 2000. p. 27.

¹⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p.75.

¹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 38.

¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao, Spain: Desclée de Brouwer, 2000. p. 27.

direitos, evitando cair em abstrações ou em fórmulas que só tem valor no papel¹⁸, e exigindo que se efetivem garantias aos direitos.

Ferrajoli, nesse contexto, também atento para a historicidade e necessidade de efetivas garantias assinala que os direitos humanos representam “a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos vindos do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica”.¹⁹

Cabe menção também à Perez Luño, que em sua proposta de definição, contempla três elementos: a ideia de que os direitos humanos relacionam-se à faculdade dos indivíduos de fazerem valer valores e necessidades humanas, que são diferentes em cada momento histórico – daí seu caráter histórico; a ideia de que os direitos humanos estão também atrelados à certos fins ou reivindicações centrais, quais sejam, a dignidade, liberdade e igualdade; e a noção de que necessitam de reconhecimento positivo e de instrumentos que os garantam e os efetivem. Sintetiza, assim, que os direitos humanos são um conjunto de “facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”²⁰

Sem pretender esgotar as conceituações possíveis cabe, por fim, arrematar este ponto resgatando a lição de Allan Rosas, que pontua que “o conceito de direitos humanos é sempre progressivo” e a discussão sobre o que são e como se definem “é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente.”²¹

Tendo em mente tais advertências teóricas iniciais, e tomando como premissa a historicidade de tais direitos, passa-se à análise do que se convencionou chamar de

¹⁸ Descrição feita por Perez Luño. Sobre essa perspectiva crítica, complementa o autor: “(...)La actitud realista implica una crítica de iusnaturalismo (em especial de sus versiones racionalistas del XVIII) por su concepción ideal de los derechos humanos y del positivismo jurídico por su consideración puramente formal de los mismos”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p.59.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.* p. 49-51.

²¹ ROSAS, Allan *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

concepção contemporânea de direitos humanos, recorte do presente trabalho, aprofundado no seguinte ponto.

2.2 A CONSTRUÇÃO DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS

A concepção contemporânea dos direitos humanos não constitui um dado, mas sim, é resultante de um determinado tempo e lugar. Até que se atingisse a ideia de “direitos positivos universais”, na expressão de Bobbio, houve variações na ideia de universal e, paralelamente, diversos antecedentes ao processo de positivação internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ponto de referência dos direitos humanos na ordem contemporânea, “contém em germe a síntese de um movimento dialético”²². Richard B. Bilder²³ traduz bem essa ideia:

Embora a ideia de que os seres humanos tenham direitos e liberdades fundamentais, que lhe são inerentes, há muito tempo tenha surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos constituem objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente.

A noção inicial de uma universalidade de direitos atribuída ao homem remonta ao período denominado axial²⁴, identificado entre os séculos VII a II a.C., e tido como o início da afirmação histórica dos direitos humanos²⁵. As ideias lançadas nesse momento, tanto no campo filosófico - com a superação dos mitos e com a identificação do ser humano e da razão que lhe é inerente - quanto no campo religioso - com o

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004. p.30.

²³ BILDER, Richard *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

²⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.8-12.

²⁵ Cabe aqui ressaltar a fragilidade de encarar o passado como se o mesmo fosse uma soma de fatos lineares e harmonicamente encadeados. Nesse sentido é a lição de Ricardo Marcelo Fonseca, ao lembrar as advertências de Walter Benjamin: “(...) a época pretérita, quando vivida – qualquer época que seja – se mostra complexa, dialética, rica de virtualidades, e impossível de ser apreendida por conexões simples (...). Na medida em que o passado é apresentado como um quadro já pronto e definitivamente pintado, são excluídas quaisquer outras perspectivas históricas pensáveis que acabaram por não se impor”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.154-155. Imperioso, portanto, advertir que os delineamentos históricos aqui mencionados constituem apenas um modo, singelo, dentre os vários possíveis para formular um discurso histórico envolvendo os direitos humanos.

surgimento do monoteísmo, em especial o judaico e o cristão, que trouxeram a ideia de uma essência comum à humanidade - foram as bases que iriam estruturar a concepção de pessoa com direitos imanentes à sua condição humana.

Não obstante tais marcos temporais tão longínquos, adverte Fábio Comparato²⁶ que se passaram mais de vinte séculos até que “a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos dos homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’”.

Da Antiguidade à Declaração de 1948 houve um extenso caminho. Não se adentrará aqui nos acontecimentos históricos, ideias e pensadores que, a partir das bases lançadas na Antiguidade, foram dando contornos à ideia de direitos universais. Limita-se a firmar que do fim do século XVIII até meados do século XIX, este caminho perpassou o “reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado” e dirigiu-se ao “reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo”.²⁷ E esta última curva, de especial relevo para a compreensão da concepção contemporânea dos direitos humanos, iniciou-se com o processo que se convencionou chamar de internacionalização. É o que se detalhará a seguir.

À primeira vista, falar em internacionalização de direitos remete à existência de normas positivadas e reguladas no âmbito internacional. Especificamente quando se fala no processo de internacionalização de direitos humanos, a referência que se faz remonta a um determinado contexto, que antecedeu e culminou no que hoje se denomina de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como referências iniciais do processo de internacionalização, Flávia Piovesan identifica o desenvolvimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

O primeiro, que se consolidou a partir de 1864²⁸, nasceu com o intuito de estabelecer um código a ser seguido em tempos de guerra, como um mínimo a ser

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.24.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p.04.

²⁸ Tal data refere-se a aprovação da primeira Convenção de Genebra sobre o tema, que visou a proteção dos militares feridos. Contudo, conforme atenta Henckerts, “es cierto que, em los siglos anteriores a esta primera codificación ya existían normas por las cuales se regían las guerras pero, hasta entonces, éstas se basaban fundamentalmente em la tradición y la costumbre.” HENCKAERTS, Jean-Marie. **Desarrollo del derecho internacional humanitario y la continua pertinência de la**

observado pelos Estados para diminuir o sofrimento de pessoas feridas, de prisioneiros e da população civil. Foi o primeiro conjunto normativo que estampou uma limitação à autonomia estatal.

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, ambas criadas após a Primeira Guerra Mundial, contribuíram também, cada qual com seu foco, para realçar a necessidade de os Estados abrirem mão de parte de sua autoridade em prol de compromissos na arena internacional.

No caso da Liga das Nações o compromisso relacionava-se à promoção da cooperação internacional e ao alcance da paz e da segurança entre os povos, conforme fixou seu preâmbulo. Ainda, buscava a execução de certos deveres acordados nos tratados de Versalhes, como o de proteção de minorias étnicas que estavam sob os territórios dos Estados. Sua importância configura-se por ter sido a primeira organização internacional que efetivamente buscou a manutenção da paz através de meios jurídicos.²⁹

Já em relação à OIT, os compromissos ligavam-se ao estabelecimento de condições e garantias mínimas à classe dos trabalhadores, o que foi decisivo para a consolidação no âmbito internacional dos primeiros direitos de caráter econômico e social³⁰, como resposta às pautas socialistas evidenciadas a partir de 1917.

Somados a tais marcos jurídicos, destacam-se também, desde o século XIX, fatos como o combate à escravidão - ainda que levado a cabo principalmente pelos Estados industrializados interessados em expandir seus mercados - bem como a busca pela proteção de direitos dos estrangeiros, “o que consolidou o costume internacional da proteção diplomática”.³¹

Na concepção de Ramos³², tais fatores, juntamente com o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da OIT são fragmentos datados entre o século XIX e o início do século XX que preenchem a ideia de internacionalização em

costumbre. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2010, vol.10, pp. 539-566. ISSN 1870-4654. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542010000100016&lang=pt. Acesso em 02 de setembro de 2015.

²⁹ SEITENFUS, Ricardo A. S.; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Introdução ao direito internacional público**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 100.

³⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p.126.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

³² RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58-59.

um sentido amplo. Tratam-se de normas internacionais que, ainda que esparsas, se destacaram antes de um processo estruturado de internacionalização, iniciado posteriormente, no contexto pós-2ªGuerra. Seriam, portanto, a “causa remota” da internacionalização em sentido estrito, justamente por ainda não configurarem um conjunto ordenado e coeso de normas, e estarem ainda bastante atreladas à interesses dos Estados, ou no máximo de minorias bem determinadas.

Nesse sentido, Cançado Trindade resume que as primeiras normativas protetivas de direitos humanos no plano internacional “permaneceram por algum tempo circunscritos a certas categorias de indivíduos (tais como, a partir do período entre guerras, trabalhadores sob o sistema da OIT, membros de minorias, habitantes de territórios sob mandato e tutela).”³³

De qualquer forma, conforme ensina Piovesan, são antecedentes que demarcaram os primeiros indícios de uma limitação à soberania estatal, classicamente percebida como absoluta. Isso dá início a graduais mudanças no próprio conceito de direito internacional. Se antes era visto apenas sob a perspectiva de Estados e governos, passa a levar em consideração também os cidadãos, seus direitos e as obrigações que decorrem desses direitos, que, caso não cumpridas, farão com que o Estado seja responsabilizado e responda perante a comunidade internacional. Representaram, portanto, o germen de uma preocupação com o indivíduo para além do âmbito nacional:

Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional.³⁴

Se estes antecedentes lançaram luzes iniciais sobre a necessidade de proteção internacional dos direitos humanos, o que veio em seguida no curso da história conferiu clareza solar a tal carência, impulsionando a internacionalização em seu sentido estrito, e a sedimentação de um legítimo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

³³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.06.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 186.

O marco histórico desses processos é o advento da Segunda Guerra Mundial. Os inúmeros horrores da guerra, em especial aqueles perpetrados pelo nazismo, ilustraram ao mundo a brutal condição de descartabilidade da pessoa humana³⁵. A supressão da noção de sujeito de direitos de diversos grupos de pessoas e seu consequente extermínio sistemático representaram a quebra de um ideal. O fato de um Estado soberano, sob o véu da legalidade, ser justamente o maior responsável por tal barbárie abalou crenças que pareciam já consolidadas, que pronunciavam a existência de direitos e de valores imanentes a todo o ser humano. Conforme precisou Hannah Arendt,

O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos (...). O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano.³⁶

Ante as arbitrariedades vivenciadas sobreveio a crítica a um ordenamento jurídico concebido sob uma lógica positivista, fechado em si mesmo, pautado em um estrito formalismo e insensível a postulados éticos. Fez-se necessário reafirmar o que parecia ser óbvio – “o direito a ter direitos”, conforme formulou Hannah Arendt – e repensar a noção de cidadania, na medida em que se expôs de forma cruel a fragilidade e insuficiência de uma proteção de direitos exclusiva ao âmbito interno.

Como fruto da dor física e do sofrimento moral³⁷ a sociedade foi impelida mais uma vez à compreensão da centralidade incondicional da dignidade humana. No Direito, a consciência dessa centralidade demandou mudanças, a começar por uma retomada de valores. As experiências totalitárias vividas no século XX, em síntese, ensejaram uma resposta da coletividade internacional, resposta essa que perpassava uma nova configuração jurídica apta a prevenir tamanho grau de destruição. Como bem elucida Flávia Piovesan:

A barbárie do totalitarismo significou a ruptura com os direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187.

³⁶ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 333.

³⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.38.

a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.³⁸

O primeiro passo dessa reconstrução se deu com a criação da Organização das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, através da elaboração da Carta de São Francisco.

Resultante de diversas reuniões preparatórias, impulsionadas pela insuficiência de uma proteção meramente doméstica de direitos, a Carta das Nações Unidas afirmou que a condição essencial para o progresso e para a paz entre todos Estados era o reconhecimento internacional de direitos humanos. Diferente da antecessora Liga das Nações, que se pautava em muito na conveniência, a ONU surgiu como uma verdadeira organização política global, composta não como um mero clube de Estados, mas sim por nações organizadas e “empenhadas na defesa da dignidade humana”.³⁹

Para dar concretude à tal defesa, criou-se uma Comissão que seria responsável por elaborar um documento que afirmasse a dignidade humana, reunindo direitos mínimos garantidos a todas as pessoas. Daí que aflora uma etapa decisiva para a reconstrução dos direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, responsável por fixar o sentido desses direitos na contemporaneidade.

Ainda que tenham havido divergências de ideais entre alguns países e, mesmo sendo elaborada sob lentes focadas em apenas parte das atrocidades, a Declaração foi aprovada por unanimidade, consignando que as convicções e direitos ali declarados deveriam ser progressivamente plasmados em textos normativos nacionais e internacionais. Representou, assim, o ápice da afirmação da universalidade de direitos e o símbolo de um processo que havia se iniciado com as declarações do século XVIII.

Sua inovação, contudo, é que a faz tão representativa, em especial a linguagem trazida em seu texto, que assenta a integralidade e a universalidade

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

³⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.214.

internacionalmente positivada dos direitos humanos,⁴⁰ elementos que compõe a noção contemporânea de direitos humanos, na expressão de Flávia Piovesan.

A integralidade aponta para a combinação de direitos civis e políticos, típicos de uma ótica liberal, e de direitos econômicos, sociais e culturais, típicos de uma ótica social. Tal característica inova ao ilustrar a indissolubilidade que se deve conferir à tríade da liberdade, igualdade e fraternidade.

As declarações enunciadas a partir das revoluções burguesas, em especial a francesa, proclamaram a liberdade e a igualdade formal entre os indivíduos, mas haviam deixado um vácuo referente à fraternidade universal⁴¹. A projeção da noção de integralidade representou a quebra dessa dicotomia histórica⁴², pois garantiu em um mesmo documento diferentes gerações de direitos, colocados sob um mesmo patamar tendo em vista que a garantia de uns é condição para o exercício de outros, reciprocamente.

Por seu turno, a universalidade fixou que a condição humana por si é suficiente para a titularidade de direitos essenciais e inalienáveis - assim designados por não fazerem qualquer tipo de distinção ou restrição que não o pertencimento à espécie humana. Desempenha, assim, um papel de resguardo, com vistas a não dar margem à falhas estatais.

Acima de tudo, esse atributo vem vinculado à positivação internacional, como resposta à constatação de que “a privação de nacionalidade fazia das vítimas pessoas excluídas de toda a proteção jurídica do mundo”.⁴³ Na síntese de Norberto Bobbio, essa afirmação de direitos universais e positivos encerra outra fase histórica, pois estabelece a aliança do *universal* com o *positivo* com base em um entendimento geral sobre sua validade. A positivação, nesse sentido, coloca “em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 204-205.

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 228-229.

⁴² Daí porque Paulo Bonavides assinala que a história dos direitos humanos é a história de “direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 528.

⁴³ Ideia de Hannah Arendt, mencionada por Fábio Konder Comparato. COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.* p. 233.

apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos”.⁴⁴ Efetivação esta, que se encaminhou (e persiste na caminhada) para reduzir a abstração de um sujeito universal, reconhecendo a concretude e as particularidades da condição humana, em especial das minorias e dos grupos mais vulneráveis.⁴⁵

Com essas características a Declaração se coloca como um ponto de irradiação, que dá sentido axiológico ao nascente direito internacional dos direitos humanos. Ela consolida o processo de universalização e impulsiona a formação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos, identificado por Bobbio como o grande patrimônio da Era dos Direitos. Essa “revolução copernicana” traz diversas consequências jurídicas, explicitadas no seguinte ponto.

2.3 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXOS JURÍDICOS E A EMERGÊNCIA DE NOVOS REFERENCIAS

Conforme enunciou-se, o tratamento supérfluo, *de jure e de facto*,⁴⁶ conferido a milhares de pessoas no século XX demandou novas respostas do Direito. A partir desse contexto, despontou na comunidade internacional um movimento estruturado de internacionalização de direitos humanos, ainda em curso.

A positivação internacional, como bem sintetiza Perez Luño⁴⁷, é, sob o ponto de vista da fundamentação, uma reafirmação do viés universalista desses direitos. Sob o ponto de vista da titularidade, representa uma ampliação, na medida em que as pessoas não são mais sujeitos de direito apenas perante seus Estados nacionais, mas também perante a arena internacional e os sistemas regionais, a depender do seu continente. Ainda, sob o prisma da tutela e da garantia, também mostra-se como uma

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004. p.30.

⁴⁵ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos anota que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencialmente contramajoritário, pois as maiorias em geral são bem sucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

⁴⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.55.

⁴⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 129-130.

soma: para além dos mecanismos internos de proteção de direitos, haverá também mecanismos desenvolvidos no âmbito internacional.

O desenvolvimento desse processo de internacionalização se deu mormente com a proliferação de tratados e declarações no pós-guerra. Eles “refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos”.⁴⁸

Os tratados, particularmente os de direitos humanos, não regulam matéria afeita aos Estados, mas focam-se no resguardo de direitos dos indivíduos que pertencem a esses entes. Constituem assim, ao lado de declarações, um código internacional,⁴⁹ que concreta, progressivamente, a internacionalização. A própria emergência da ONU é ilustrativa desse processo.

A Declaração de 1948, emanada sob forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, é dotada de indiscutível peso moral e político. A despeito disso, sua obrigatoriedade jurídica é objeto de vários questionamentos teóricos, visto que sua proclamação não veio acompanhada de um instituto de controle de aplicabilidade das normas⁵⁰ que pudesse aferir sua eficácia. Daí que houve a necessidade de documentos específicos e com maior força normativa para regularem os dispositivos da Declaração: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, confeccionados em 1966.

Conforme leciona Cançado Trindade⁵¹, apenas com a adoção de tais pactos e de seus respectivos protocolos facultativos, que previram meios de implementação, é que “o projeto original de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, iniciado com a Declaração Universal de 1948, completou-se”. Essa tríade, somada com convenções mais específicas que advieram no curso do tempo, compõe o chamado sistema global de proteção.⁵²

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.47.

⁴⁹ Expressão de Thomas Buergenthal, no prólogo da obra de Cançado Trindade. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XXXI.

⁵⁰ SEITENFUS, Ricardo A. S.; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Op. cit.* p. 131.

⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. p. 01.

⁵² A estrutura normativa do sistema global não conta, infelizmente, com uma Corte de Direitos Humanos, mas apenas com Comitês, órgãos quase-judiciais que monitoram o cumprimento dos tratados e por

Ao lado do sistema global, surgiram os sistemas regionais – africano, europeu e interamericano – também ilustrativos dessa expansão normativa dos direitos humanos. Cada sistema nasceu a partir de matrizes de integração regional (União Africana; Organização dos Estados Americanos e Conselho da Europa) que possuíam uma competência mais extensa do que apenas a relativa aos direitos humanos. A inserção da proteção dos direitos humanos se deu justamente com a criação de grandes convenções próprias⁵³, bem como com a criação de estruturas de monitoramento. Todo esse aparato convive com o sistema global, e contribui para uma extensão protetiva que concretiza ainda mais os direitos humanos, na medida em que abre espaço para valores regionais e para a influência de comportamentos entre os Estados membros.⁵⁴

Em síntese, os tratados compõem o substrato legal do sistema internacional de direitos humanos, em seus dois níveis complementares, o global e o regional. A formação desse *corpus iuris* autônomo⁵⁵ e complexo espelha uma nova coloração do direito internacional. Este torna-se um direito humanizado, pois os direitos humanos agora passam a ser vistos como tema de legítimo interesse internacional. Nesse sentido é a lição de Louis Henkin, citada por Flávia Piovesan:

O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Esse Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a

vezes detém poder para receber petições individuais. Na lição de Flávia Piovesan, “[...]o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos impõe não apenas a criação de um órgão jurisdicional que tutele os direitos humanos, como também a adoção do mecanismo de petição individual por todos os instrumentos internacionais de proteção, já que esse mecanismo permite o acesso direto de indivíduos e organizações não governamentais aos órgãos internacionais de monitoramento.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 286.

⁵³ Conforme leciona Flávia Piovesan, “o sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior judicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos; posteriormente foi criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um Protocolo à Carta, em 1998.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 341.

⁵⁴ HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. **Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização**. Sur, Rev. int. direitos humanos. São Paulo, v. 3, n. 4, Junho, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100010&script=sci_arttext. Acesso em 13 de setembro de 2015. p.161-162.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.⁵⁶

A lógica dos direitos humanos como um novo limite epistemológico fez com que o convívio com certos preceitos que há muito imperavam no direito internacional se tornasse inconcebível. Pouco a pouco foram sendo introduzidos novos juízos e velhos institutos passaram a ser repensados. As modificações na atribuição da condição de sujeito de direito internacional e na concepção de soberania são exemplos disso.

Tradicionalmente as pessoas se mostravam perante o direito internacional apenas através de seu Estado. Era impensável a ideia de pessoas naturais como sujeitos capazes nessa esfera. Conforme leciona Cançado Trindade, o vínculo de nacionalidade era o limite do reconhecimento dos indivíduos, e a proteção regulada pelo direito internacional era apenas a diplomática. Com o movimento de internacionalização iniciado a partir do Direito Humanitário houve uma gradual alteração desse cenário, mas apenas no período pós-1948, com a generalização da proteção dos direitos humanos, é que se cristaliza a capacidade processual dos indivíduos no plano internacional, independentemente da nacionalidade⁵⁷.

A possibilidade de acessar o sistema internacional de proteção através de petições superou a posição secundária historicamente dada aos indivíduos⁵⁸ e reforçou a ideia de que a proteção de direitos essenciais está resguardada para além do Estado.

Por sua vez, a soberania, eixo central do direito internacional, igualmente passa a ser objeto de questionamentos. Com o pós-guerra, convencionou-se que a ausência de regimes democráticos e a ocorrência de violações aos direitos de cidadãos de quaisquer Estados não passarão mais despercebidos aos olhos da comunidade internacional. Ao contrário, a própria legitimidade dos entes estatais será medida pelo

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

⁵⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6-7.

⁵⁸ De acordo com Andrew Hurrell, "it was a society whose normative structure gave only na indirect and secondary role to both individuals and non-state groups". HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. p. 277. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. **Human Rights in Global Politics**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=pEyi-pG3AP8C&pg=PA277&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false. Acesso em 08 de setembro de 2015.

maior cumprimento das obrigações para com os cidadãos e pelo maior nível de ordenação política interna.⁵⁹

Daí não ser mais possível falar em um domínio reservado do Estado quando se trata de direitos humanos. Tal noção, de acordo com Cançado Trindade, remete a um Estado abstrato, voltado para a lógica interna e visto como polo de uma relação de subordinação – o que não se coaduna com a ideia de uma comunidade internacional que visa a coordenação e cooperação.

Ainda que muitos instrumentos internacionais contenham dispositivos que reservem assuntos de competência nacional exclusiva, como o artigo 2º, (7) da Carta da ONU, a interpretação quanto a esses dispositivos caberá primordialmente às organizações que os elaboraram, não sendo possível que os Estados usem suas normas internas para justificar, por mera conveniência, o não cumprimento de suas obrigações. Nesse processo de interpretação “não tem havido – como não poderia haver – lugar para a invocação do dogma da soberania”.⁶⁰

Luigi Ferrajoli⁶¹ sintetiza bem essa mudança ao afirmar que com a Carta de 1945 e com a Declaração de 1948 a soberania deixou de ser “uma liberdade absoluta e selvagem” para passar a ser juridicamente subordinada à tutela dos direitos humanos e ao imperativo da paz. Com isso não haverá apenas os direitos fundamentais como limites internos à atuação estatal, mas também os direitos humanos consagrados a partir de 1948 atuando como limites externos à conduta dos Estados.

No pensamento do jurista italiano, a soberania esmoreceu com o “histórico contrato social internacional” que a Carta da ONU representou. Alterou-se o paradigma do modelo westfaliano, que prevalecia desde 1648 e propugnava uma soberania absoluta como referencial das relações internacionais. Com efeito, o pacto associativo que caracterizava o direito internacional e a atuação dos Estados passa a ser um pacto de sujeição.

⁵⁹ HURRELL, Andrew. Idem, ibidem.

⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 05.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-40.

Essas alterações substanciais no direito internacional repercutem, paralelamente, no âmbito interno de cada Estado, em especial na esfera constitucional.

No caso brasileiro, o impacto do sistema internacional de direitos humanos se fez presente de forma efetiva a partir do processo de redemocratização, fazendo com que um amplo rol de direitos fundamentais fosse garantido na Constituição de 1988. O artigo 5º. da Constituição pátria teve inspiração em diversos documentos internacionais de proteção de direitos humanos, “num processo inverso de constitucionalização do direito internacional.”⁶²

A retomada do regime democrático permitiu uma abertura às diretrizes internacionais que foram sendo construídas no pós-guerra. Nesse cenário, a ideia de soberania e jurisdição doméstica absoluta foi dando lugar à uma comunicação entre as ordens externa e a interna e ao reconhecimento de que não há mais apenas a base constitucional garantindo direitos essenciais, já que o direito internacional dos direitos humanos também passou a cumprir esse papel. Fala-se agora em uma pluralidade de ordens jurídicas⁶³, produto da expansão do direito internacional e da paralela abertura do direito constitucional.

Sintoma disso, na Carta de 1988, é a disposição constante no artigo 4º, II, que lista a “prevalência dos direitos humanos” como um princípio que deve reger as relações internacionais do Brasil. Da mesma forma, a Constituição pátria estabelece uma soberania popular – e não estatal – ao dispor no parágrafo único do artigo 1º que “todo o poder emana do povo”. Arrematando tais preceitos, adota como cerne a ideia

⁶² FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional** - **RBDI**, [S.l.], dez. 2009. ISSN 1980-2587. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/16128>>. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

⁶³ Na lição de André Ramos de Carvalho, o tema da pluralidade de ordens jurídicas vem sendo desenvolvido pela doutrina constitucionalista e ilustra essa preocupação com as novas relações do Direito Constitucional e do Direito Internacional. Nesse sentido, o autor afirma que “a temática da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista, com várias denominações, como, por exemplo, constitucionalismo multinível (Pernice, ao que tudo indica um dos pioneiros), pluralismo constitucional (Walker), interconstitucionalidade (Canotilho), transconstitucionalismo (Neves), cross-constitucionalismo (Ramos Tavares), constitucionalismo transnacional (Aragón Reyes)”. RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 Out. 2015. p. 498-499.

de dignidade da pessoa humana, que elevou-se contemporaneamente ao patamar de “pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”⁶⁴.

Na lição de Canotilho,⁶⁵ a dignidade humana, nesse contexto, é fundamento para a construção de um constitucionalismo global, atento à emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁶⁶ Visando garantir a dignidade humana, a esfera constitucional tem buscado um patamar mínimo na “proteção e integração das normas internacionais nos respectivos ordenamentos internos”⁶⁷.

Consoante leciona Flavia Piovesan, é possível até mesmo falar na emergência de um novo paradigma na cultura jurídica contemporânea, em especial na latino-americana.⁶⁸ Classicamente, a cultura que imperava fundava-se em três bases: a tradicional pirâmide jurídica com a Constituição no ápice; na ideia de um Direito puro, voltado ao âmbito interno; e o *state approach*, perspectiva centrada na figura da soberania estatal e na *lente ex parte príncipe*.

Em substituição a tais fundamentos, vem-se construindo um novo paradigma, constituído a partir de bases renovadas. Primeiramente, a pirâmide jurídica é substituída pela figura do trapézio, onde há, ao lado da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos. Em segundo lugar, substitui-se um ideal de Direito puro, por um Direito impuro, aberto à uma sociedade heterogênea e permeável ao diálogo com outras jurisdições, à interdisciplinaridade e aos empréstimos

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1370.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Sobre a ideia de um constitucionalismo global, Marcelo Figueiredo afirma que este seria “una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o cn respecto a terceros sistemas.” O mesmo autor ainda acrescenta que “Los elementos para este nuevo orden jurídico global serian al menos los siguientes: (a) los derechos humanos o fundamentales (b) las necesidades para el pueblo; (c) el multiculturalismo; (d) el médio ambiente; (e) la democracia; (f) la seguridad internacional. [...] En este mismo universo de ideas o mismo tal vez como precursor de ellas, existe la interpenetracion reciproca del derecho constitucional y del derecho internacional.” FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.149.

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 118-122.

constitucionais. Por fim, o *state approach* dá lugar ao *humans right approach*, perspectiva voltada à soberania popular, e à *lente ex parte populi*.

A existência de uma dupla esfera de proteção implica em um convívio simultâneo, e em um dever de esforço para que o convívio seja o mais harmonioso e benéfico possível, já que há mais de uma fonte protegendo o mesmo sujeito de direito. Há agora, como identifica Ferrajoli, uma pluralidade de fontes normativas, característica do atual Estado Constitucional de Direito.⁶⁹

Essa pluralidade de fontes, em especial as que versam sobre temas de direitos humanos, tem um grande potencial de ampliar direitos e trazer diferentes perspectivas normativas. A estruturação do sistema internacional, ao interagir com as ordens internas não apenas influencia-as, mas também demanda uma nova hermenêutica constitucional em matéria de direitos humanos. Nas palavras de Valério Mazzuoli,

A formação de todo esse sistema internacional de proteção dos direitos humanos veio exigir também novos princípios hermenêuticos e de resolução de controvérsias, em virtude da especialidade da matéria 'direitos humanos' relativamente às demais normas dos ordenamentos interno e internacional.⁷⁰

Contudo, conforme adverte Mazzuoli, mesmo com essa diversidade, e mesmo que os direitos humanos constituam um tema de grande destaque na cultura jurídica contemporânea, sua implementação prática pelos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção ainda carece de maior efetividade, em muito porque ainda sobrevivem visões intransigentes quando se fala em pluralidade de fontes normativas.

Daí a importância de se pensar como se dá, através dos tratados, o convívio entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, bem como se tal convívio está de acordo com a perspectiva dos direitos humanos. Tais reflexões são objeto do seguinte capítulo.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del mas debil. 2.ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 17-21.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

3 REPENSANDO A INTERAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INTERNA E A INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONTROVÉRSIA ACERCA DO STATUS HIERÁRQUICO

Falar em interação entre a ordem interna e a ordem internacional remete, à primeira vista, ao clássico debate entre as teorias monista e dualista⁷¹, que buscam, cada qual a seu modo, oferecer uma resposta à questão da autonomia de cada ordem jurídica e qual delas haveria de prevalecer em caso de conflitos normativos.

A despeito de ter suscitado diversos debates no âmbito teórico, atualmente essa controvérsia vem sendo considerada secundária e ociosa⁷², tendo dado lugar a discussões mais pertinentes. Conforme ressalta Cançado Trindade, a clássica oposição das duas correntes implicitamente sobrelevava as diferenças existentes entre as relações reguladas pela ordem interna e pela ordem internacional, de modo que “difícilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos”.⁷³ Tal discurso de confronto, portanto, não mais se coaduna com um cenário em que cada vez mais se impõe a harmonia e a

⁷¹ Em linhas breves, consoante leciona Celso D. de Albuquerque Mello, pode-se sintetizar que a corrente dualista, capitaneada por Henrich Triepel, afirma a independência das duas ordens jurídicas, propugnando que se tratam de esferas distintas que não convergem. O direito internacional estaria restrito a reger a atuação do Estado com outros iguais na comunidade internacional, ao passo que o direito interno estaria voltado somente para as relações e fatos intrínsecos ao ordenamento nacional. Dentro dessa ótica, qualquer tratado internacional, só geraria efeitos caso uma lei interna corporificasse a normativa internacional em seu texto. De outra banda, a teoria monista, capitaneada por Hans Kelsen, destaca a impossibilidade de se conceber o direito de forma absolutamente apartada. Para o jurista, as regras internacionais e as internas compõem um sistema unitário e integrado. Ainda que sejam ramos distintos, o direito internacional e o direito interno pertencem à esse sistema maior. Nesse sentido, devem existir normas capazes de regular a interação dessas ordens, estabelecendo em casos de conflito qual delas deveria prevalecer, se a internacional (monismo internacionalista, tese na qual Kelsen se filia) ou a interna (monismo nacionalista). MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. (rev. e aum). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.109-110.

⁷² Termo cunhado por Cançado Trindade, na apresentação da obra “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional” de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

⁷³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 506.

comunicação entre o direito interno e o direito internacional, devidas à coexistência de normas provenientes de diferentes fontes.⁷⁴

Nessa esteira, é que debates mais pertinentes ganharam espaço. Nas palavras de Cançado Trindade, “o antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos”.⁷⁵ Um desses ângulos sob o qual o tema da interação das ordens é visto consubstancia-se na investigação do status hierárquico que é conferido pelo ordenamento jurídico interno às normas internacionais. Tal temática gerou (e ainda gera) debates no Brasil e a compreensão do modo como os tratados são incorporados no ordenamento pátrio perpassa a análise, ainda que sucinta, dessas controvérsias. É o que buscará neste ponto.

Como já mencionou-se, a centralidade que o tema dos direitos humanos adquiriu na seara jurídica contemporânea impulsionou o processo de progressiva internacionalização e expansão desses direitos. Junto à sua dinâmica, agregou-se um crescente movimento de constitucionalização do direito internacional, de modo que ambos os segmentos cumprem a função de exteriorizar o elenco de direitos, garantias e deveres que efetivam a dignidade humana.⁷⁶

Dentro desse contexto, e já adentrando às especificidades da questão no âmbito interno, é forçoso reiterar o papel da Constituição de 1988 como marco no processo de redemocratização do Brasil. Sua promulgação, após longos anos de

⁷⁴ Essa perspectiva de confronto que vem embutida nas duas teorias vai de encontro à própria ideia de que os tratados, em especial os de direitos humanos, formam um piso mínimo de proteção. Se o Estado se submete à fiscalização e à responsabilização internacional, mostra-se um contrassenso assumir um tratado para depois descumpri-lo por ser antagônico à normativa interna. A adesão pressupõe, ao menos em tese, um exame da compatibilidade com normas internas, além de conduzir, após a ratificação, a um movimento interior de adequação ao compromisso assumido. Conforme explicita André de Carvalho Ramos, “[...]para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engajamentos internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 506.

⁷⁶ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional** - RBDI, [S.l.], dez. 2009. ISSN 1980-2587. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/16128>>. Acesso em: 14 Set de 2015.

ditadura, refez o pacto político-social⁷⁷ no país e foi crucial para abrir o ordenamento jurídico para a agenda internacional de direitos humanos que vinha se desenvolvendo desde o pós-2ª Guerra. Conforme resume Piovesan⁷⁸, assim como a Declaração de 1948 demarca a emergência de um novo direito no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, também há “um direito pré e pós 88 no campo protetivo constitucional pátrio, e ambos os movimentos sofrem influências recíprocas”.

Daí que, no caso do Brasil, a relação entre o direito internacional e o direito interno ganha maior relevância após 1988. A proliferação da adesão do país à tratados de direitos humanos e as questões teóricas subjacentes às cláusulas constitucionais de abertura contidas na Constituição destacaram a importância de se verificar a forma sob a qual um tratado é interiorizado, na medida em que tal forma determinará sua maior ou menor força normativa.

Há que se ter em conta, no entanto, que o debate sobre os tratados é um tema visto sob o prisma do direito interno, a partir das disposições constitucionais que versam sobre a matéria e da interpretação que o STF confere à essas normas. Em outras palavras, o tema do status hierárquico dos tratados está intimamente ligado à forma como o direito brasileiro percebe o direito internacional, e não o contrário.⁷⁹

Isso porque o direito internacional não se esmera nesse tocante, já que examina o direito interno de cada Estado de forma unitária, sem distinguir graus normativos. Essa visão é tipicamente unilateral, pois verifica apenas o cumprimento ou não das obrigações que o Estado assumiu, o que inclui as adequações normativas feitas. Não inclui, contudo, qualquer investigação acerca do status hierárquico dessas normas, sendo toda a discussão sobre a hierarquia um assunto alheio à comunidade internacional dada a proibição do uso de legislação interna para justificar o descumprimento do tratado, expressa no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.⁸⁰

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 88.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 294-297.

⁸⁰ Dispõe o art. 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” O art. 46, por sua vez, tem a seguinte redação: “1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para

Feita essa ressalva, passa-se a exposição dos contornos do debate no Brasil, a fim de embasar reflexões que serão feitas adiante.

Destarte, pode-se dizer que a posição prevalecente no Brasil foi por muito tempo a equiparação dos tratados internacionais às leis ordinárias. Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 80.004/SE, em 01 de junho de 1977,⁸¹ o STF preconizou a tese de que os tratados internacionais estavam no mesmo patamar que as leis ordinárias federais, não havendo qualquer prevalência ou especial tratamento às normas de fonte internacional. Com efeito, qualquer discussão que envolvesse normas infraconstitucionais e normas de tratados guiava-se pelos tradicionais critérios cronológicos, prevalecendo a lei posterior sobre a anterior.

Esse posicionamento confere prevalência à palavra do legislador, deixando em segundo plano a responsabilidade assumida e a boa-fé do Estado perante a comunidade internacional. O Judiciário, nessa lógica, apenas garantiria o primado da lei mais recente, eximindo-se de enfrentar o descompasso normativo, que é visto, ao fim e ao cabo, como “um fato resultante da culpa dos poderes políticos”⁸². Assim se conclui com voto do Min. Leitão de Abreu, que consigna:

(...) a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis(...). Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação.⁸³

concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 294-297.

⁸¹ A inexistência de uma disposição explícita e indubitável que apontasse na Constituição o status das normas dos tratados gerou, ao longo do tempo, diferentes posicionamentos quanto à matéria no STF. Ocorre que, conforme atenta Flávia Piovesan, “anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional”. Desse modo, a doutrina da época considerou um retrocesso a adoção de tal posicionamento, pois colocou os tratados em uma posição menor do que a que vinha sendo apontada até então. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.119-120.

⁸² Posicionamento expresso pelo Ministro Francisco Rezek, citado por Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p.120.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 223-224.

A crítica que se faz a tal entendimento atenta para o fato de ele legitimar que o Estado descumpra de forma unilateral os acordos internacionais. Igualmente, essa tese não faz qualquer diferenciação entre os tratados com temáticas de direitos humanos e os demais⁸⁴, estendendo-se a todos de modo igual.

A promulgação da Constituição de 1988 introduziu alterações que seriam aptas a impulsionar uma mudança de entendimento à época. Ao longo do texto da Carta de 88 sobressaem vários dispositivos que apontam para uma abertura constitucional ao direito internacional, e que remeteriam a uma interpretação diferenciada das normas que emanam da fonte convencional.

Além dos dispositivos que tratam da dignidade da pessoa humana, da soberania popular e da prevalência dos direitos humanos, a Constituição trouxe em seu artigo 5º, § 2º, a inédita previsão de que os direitos e garantias expressos em seu texto “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O dispositivo, nas palavras de Piovesan, “tece a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem internacional”⁸⁵ e sinaliza um status singular para os tratados internacionais, principalmente aos que tratam de direitos humanos.

Não obstante, mesmo sob a égide da Carta de 1988, a jurisprudência do STF manteve-se firme na tese da legalidade. Conforme leciona André de Carvalho Ramos, a despeito dos “ventos da redemocratização e do apelo da Constituição de 1988 à promoção da dignidade humana não houve mudança na orientação do STF”⁸⁶. O *leading case* acerca da prisão do depositário infiel, colocado *sub judice* em 1995, no Habeas Corpus nº. 72.131/RJ é ilustrativo da permanência da tese da legalidade.

No caso, a proibição de prisão por dívida, contida na Convenção Americana de Direitos Humanos e excepcionada apenas no caso de obrigação alimentar, foi considerada pelo STF como subordinada ao artigo 5º, inciso LXVII da Constituição, que autoriza a prisão civil no caso do depositário infiel. Mesmo questionando-se o

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁵ *Ibidem*. p.42

⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 302.

dispositivo da Convenção à luz da inclusão do artigo 5º, §2 da Constituição, persistiu o entendimento firmado sob a ordem constitucional precedente.

Nos votos vencedores, em especial naquele proferido pelo Ministro Celso de Mello, foi ressaltada a inexistência de qualquer indício de primazia dos tratados perante o direito positivo interno, bem como a noção de que qualquer convenção que trouxesse uma interpretação distinta aos preceitos vigentes no ordenamento estaria interditando o Estado brasileiro e a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição. Argumentou-se ainda que para estabelecer um status diferenciado aos tratados de direitos humanos haveria de constar menção expressa sobre essa opção no texto constitucional. A falta de uma opção explícita do constituinte autorizaria, assim, que subsistisse a interpretação em prol da paridade.⁸⁷

Mesmo os votos vencidos proferidos neste caso⁸⁸ expuseram argumentos que reafirmavam a equiparação dos tratados à lei ordinária e a aplicação do corolário do *lex posterior derogat legi priori*. A primazia da norma da Convenção Americana postulada nesses votos foi considerada cabível apenas por ser a Convenção posterior ao Decreto-lei nº. 966/69, que autorizava anteriormente a modalidade de prisão no Brasil.

O entendimento se manteve e foi reproduzido em outras decisões posteriores, sendo bastante ilustrativo o trecho do voto do Min. Maurício Correa no Habeas Corpus nº. 73.044/SP, julgado em 19 de março de 1996, que afirma:

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.⁸⁹(grifos nossos).

⁸⁷ Ilustrativa também foi a afirmação feita no voto do Min. Moreira Alves, no sentido de que "nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 72.131-1/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 23 nov. de 1995.

⁸⁸ Nesse sentido é o voto vencido do Relator, Min. Marco Aurélio: "Reconhecida a igualação dos diplomas – tanto o Decreto-Lei quanto a Convenção estão no âmbito da legislação ordinária – forçoso é concluir que a última, disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro". *Idem*.

⁸⁹ Trecho citado por André de Carvalho Ramos. RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-

Por óbvio, tal posicionamento não passou impune a críticas, na medida em que ia de encontro a toda uma tendência internacional e constitucional que vinha sendo construída desde o pós-48.

Sustentando um posicionamento condizente com a perspectiva da centralidade dos direitos humanos, parte da doutrina se posicionou a favor da tese que confere caráter constitucional às disposições dos tratados internacionais de direitos humanos. Esse caráter seria explicitado pela norma contida no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Flávia Piovesan destaca que tal dispositivo é inclusivo, pois agrega ao texto constitucional outros direitos expressos em tratados. Para a autora, ao interpretar sistematicamente a Constituição e os fins que ela propõe, é sensato concluir que o aludido artigo confere uma posição diferenciada às normas que provém de tratados de direitos humanos. Essa conclusão decorre do reconhecimento da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, são direitos que compõe o núcleo central do Estado Constitucional, e por isso são matéria resguardada pelo documento jurídico de maior importância no ordenamento pátrio, e não em leis ordinárias. A remissão que o § 2º faz à direitos fora da Carta de 1988 não teria lógica se não fosse para referenciar direitos que tratam de matérias afeitas à seara constitucional.⁹⁰

Soma-se a esse argumento o fato de que as disposições dos tratados de direitos humanos integram um “bloco de constitucionalidade”, ou seja, um conjunto de normas que está para além do texto da Constituição, mas que, por seu valor jurídico compartilham da mesma materialidade das disposições da Carta fundamental. Esse conceito, espelha o fato de o texto constitucional não ser pleno e acabado, mas sim aberto a outras fontes que, tanto viabilizam adaptações em face das mudanças que a sociedade enfrenta ao longo do tempo, como também têm o potencial de maximizar a efetividade das normas constitucionais, na medida em que complementam e reforçam o catálogo interno.⁹¹

8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*. p. 55-60.

Ainda, reforça essa tese a tendência hodierna de se buscar um Estado aberto e cooperativo, inserido em um mundo globalizado, e ciente de que suas estruturas fundantes não mais se vinculam à soberania absoluta, mas à articulação com direitos, “mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*) ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’”.⁹²

Diante dessas considerações, não mostra-se plausível sustentar a mera legalidade dos tratados de direitos humanos e colocá-los no mesmo patamar dos tratados de direitos comuns.

Conforme pontua Cançado Trindade, que também se associa à tese da hierarquia constitucional, o § 2º do artigo 5º diferencia os tratados de direitos humanos, precisamente, ao dispensar o intermédio do Poder Legislativo. Sua formulação abrangente, ao ser lida em consonância com o que dispõe o parágrafo 1º desse mesmo dispositivo, garante “a pronta aplicação direta de toda a normativa internacional de proteção de direitos humanos que vincula o Brasil, elevada que se encontra a nível constitucional”. Arrematando essa noção, ele acrescenta ainda que a existência de uma hierarquia de valores enseja uma hierarquia de normas e isso se expressa no artigo 5º, § 2º, de tal modo que o problema não residiria em obstáculos jurídicos para a aplicação desse artigo, mas sim no anseio dos aplicadores do direito em fazê-lo.⁹³

Além dessa corrente doutrinária, houve também quem fosse mais longe e propusesse a supraconstitucionalidade, como é o caso de Celso Duvivier de Albuquerque Mello.

Em seu entendimento, “a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”. Tal conclusão lhe parecia imperiosa na medida em que ele julga não haver na jurisprudência brasileira uma

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 694-695.

⁹³ Cançado Trindade, autor da sugestão que resultou na inclusão do §2º ilustra essa percepção ao afirmar que “não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.p. 623-625.

efetiva compreensão da proteção que os tratados poderiam conferir e nem a ciência do valor da jurisprudência relativa aos direitos humanos.⁹⁴

Surgiu ainda uma quarta corrente, esboçada pelo então Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no Habeas Corpus nº. 79.785/RJ, julgado em 29 de março 2000. Segundo sua percepção, a Constituição Federal se sobrepõe aos tratados pois estabelece que a aprovação e promulgação daqueles é submetida a um processo legislativo simplificado. Da mesma forma, autorizaria essa conclusão o texto do artigo 102, III, *b*, que prevê o cabimento de controle difuso de constitucionalidade dos tratados internacionais mediante recurso extraordinário, num mesmo patamar das leis federais.

Não obstante tais considerações, ele reconhece que atribuir paridade aos tratados e às leis ordinárias representaria um esvaziamento do sentido útil e da inovação trazida pelo artigo 5º, § 2º da Constituição. A partir disso, enuncia uma proposta moderada, que eleva os tratados à um meio termo entre a constitucionalidade e a legalidade:

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo(...)a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.⁹⁵

A proposta de Sepúlveda Pertence no momento em que foi enunciada não gerou maiores repercussões, mas mais tarde acabou se mostrando decisiva para a tomada de um novo posicionamento do STF, como irá se expor adiante.

Em síntese, conforme pontua Gilmar Mendes, a doutrina e a jurisprudência brasileiras aventavam teses sobre o status normativo dos tratados e convenções de direitos humanos que podem ser compiladas em quatro correntes principais: a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; a tendência que reconhece o mero status de lei

⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo (Coautor). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-29.

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 79.785/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 Mar. de 2000.

ordinária e, por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.⁹⁶

Tanto na doutrina como na jurisprudência, novos elementos e questões deram outros contornos à temática a partir de 2004. Esse assunto será melhor abordado no seguinte ponto.

3.2 AVANÇOS E CONTENÇÕES: O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO STF

Em 2004 a aprovação da emenda constitucional nº. 45 trouxe diversos temas impactantes para o Poder Judiciário. Sobretudo, importa destacar para os fins desse trabalho, o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O intuito do artigo foi complementar a disposição já existente no parágrafo 2º, de modo a deixar expressa a forma de incorporação dos tratados de direitos humanos, findando com as controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência.⁹⁷ O acréscimo, à primeira vista, representou um reforço para a tese da hierarquia constitucional, ao estabelecer um rito de aprovação típico das emendas constitucionais.

José Afonso da Silva, adepto à corrente que defende a hierarquia constitucional, entende que independentemente das distintas posições que eram aventadas, o dispositivo acabou dando uma solução expressa à questão. Porém, na sua concepção a solução dada foi, lamentavelmente, ao gosto daqueles que julgavam

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 216.

⁹⁷ SILVA, Jose Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. p. 182.

outrora que os tratados não mereciam tratamento especial justo por não passarem pelo mesmo quórum demandado pelas normas constitucionais.⁹⁸

Essa questão pôde ser melhor avaliada a partir da ocasião em que o Supremo voltou a enfrentar o tema ligado ao status hierárquico dos tratados de direitos humanos. O conteúdo posto em julgamento foi novamente o relativo à prisão do depositário infiel, dessa vez porém, o resultado do julgamento ocorrido em 03 de dezembro de 2008 no Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP foi paradigmático ao revisar o posicionamento da Corte sobre a questão. Duas teses principais se destacaram no julgamento e, a despeito de suas diferenças, as duas simbolizaram um avanço expressivo em face da orientação que vinha sendo exposta pelo STF desde 1977. O posicionamento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes foi o que acabou preponderando.

Em seu voto, o Ministro fez um compêndio das posições existentes sobre o tema e apresentou as objeções a cada uma delas, à exceção da corrente da supralegalidade, por si defendida. Fazendo menção às reflexões de Peter Haberle acerca da cooperação e abertura que caracterizam o Estado Constitucional contemporâneo⁹⁹, o ministro afirmou que a tese da paridade perdeu espaço após a aprovação da emenda constitucional nº. 45/2004. Ponderou, por outro lado, que a aprovação da emenda também teria esvaziado a tese da hierarquia constitucional dos tratados aprovados anteriormente à sua edição e que não passaram pelo procedimento especial¹⁰⁰. Com efeito, acabou por resgatar a posição intermediária enunciada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e defendeu uma nova categoria hierárquica: a da supralegalidade. Nas suas palavras:

[...] é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada** pela ratificação do

⁹⁸ SILVA, Jose Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. p. 182.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

¹⁰⁰ Além de tal argumento o Ministro, ao criticar a ideia de bloco de constitucionalidade, levantou alguns outros motivos - no mínimo questionáveis - como o fato de que "[...]haveria dificuldade em se saber qual seria o tratado com esta conotação, além do Pacto de São José." Ainda, "[...]teríamos que reconhecer que esses tratados passam a integrar o catalogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da *causa petendi* aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica." BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.¹⁰¹

Em contraposição à essa perspectiva, a tese vencida, enunciada pelo Ministro Celso de Mello após uma revisão de seu posicionamento anterior, advogou o status constitucional dos tratados de direitos humanos.

Seguindo a linha doutrinária que preconiza esse argumento, o Ministro entendeu que os tratados que foram aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/2004 possuem caráter materialmente constitucional e por isso integrariam o bloco de constitucionalidade brasileiro, ou seja, formariam a somatória do que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados¹⁰². Ao lado desses tratados haveriam ainda os que foram celebrados anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, que teriam sido recepcionados pelo §2º do art. 5º e também adquirido natureza constitucional, bem como os tratados incorporados após a EC nº.45/2004, que “para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘iter’ procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição”.

Inspirado pela modificação trazida pela EC nº. 45/2004, Celso de Mello concluiu que havia uma incompatibilidade material superveniente entre o Decreto-lei nº. 911/69 (que possibilitava a prisão civil do depositário infiel) e a Constituição da República, devendo prevalecer a vedação trazida pela Convenção Americana, já que esta normativa integra o bloco de constitucionalidade pátrio.

Analisando os dois posicionamentos percebe-se que o resultado concreto do julgamento foi o mesmo. Ambos os votos consideraram que a prisão civil do depositário infiel tornou-se inaplicável no ordenamento pátrio ao ceder perante a força normativa (seja ela supralegal ou constitucional) da Convenção Americana. Essa

¹⁰¹ Idem, Ibidem.

¹⁰² LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 15-18.

constatação, *per se*, pode ser considerada um avanço face à obsoleta posição que equiparava os tratados à lei ordinária.

Não obstante, no que diz respeito à fundamentação, fator que diferenciou as duas teses principais, verifica-se que ainda é preciso avançar. O reconhecimento do valor do § 2º do art. 5º e da noção de bloco de constitucionalidade acabou não ganhando a merecida atenção pela maioria dos Ministros, perdendo o STF uma oportunidade de promover um efetivo aperfeiçoamento de sua posição.

A decisão ilustra que o acréscimo do §3º pela EC nº.45/2004 não serviu como uma lei interpretativa, que explicita o que é preexistente e possui eficácia retroativa.¹⁰³ As preocupações proféticas de Cançado Trindade sobre o tema acabaram se mostrando fundadas: para o jurista, uma eventual emenda que viesse “esclarecer” o sentido do §2º parecia adiar indefinidamente a aplicação automática desse dispositivo. Nas suas palavras,

Infelizmente, tem-se tentado circundar de incertezas tais disposições tão claras, e condicionar a aplicação direta das normas internacionais de proteção, elevadas a nível constitucional, a uma emenda constitucional, alterando o disposto no artigo 5(2).¹⁰⁴

Seguindo essa ordem de ideias, a inclusão do §3º deveria apenas avaliar de modo explícito o status normativo¹⁰⁵, declarando taxativamente que “os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional”. A previsão de um quórum qualificado cumpriria apenas um papel aditivo, ao ter como efeito a possibilidade de conferir um lastro formalmente constitucional aos tratados. Refletiria, assim, uma hermenêutica verdadeiramente emancipatória, em que prevalece a lógica material e não a formal, além de evitar a existência de dois regimes jurídicos distintos¹⁰⁶ a depender da época que o tratado foi

¹⁰³ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 16

¹⁰⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 624.

¹⁰⁵ Vale reiterar a precisa lição de Flávia Piovesan sobre o status dos tratados aprovados anteriormente à emenda nº. 45/2004: “[...]corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.129.

¹⁰⁶ No mesmo sentido é a lição de Sergio Arenhart, que ilustra bem tal situação ao pontuar que o sistema hierárquico de normas tem por fundamento as categorias constitucional/infracostitucional. Para o autor, no plano infracostitucional “não há hierarquia, de modo que a questão sempre se resolve em discussões sobre competência legislativa ou processo legislativo. Ao conceber, portanto, um terceiro nível dentro desse regime (a suprallegalidade), o Supremo Tribunal Federal acaba por impor

recepção – situação que ocasiona, nas palavras de Flávia Piovesan, um verdadeiro anacronismo jurídico¹⁰⁷.

No entendimento de André de Carvalho Ramos, que vai ao encontro desse viés, o texto do art.5º, §3º acabou sendo omissivo em relação ao leque de tratados de direitos humanos que precederam a aprovação da emenda. Ao invés de apontar uma direção que reorientasse o STF a favor do estatuto constitucional dos tratados de direitos humanos, a EC nº.45/2004 “permitiu, ao usar a expressão ‘que forem’, o fortalecimento da tese de que há duas espécies de tratados de direitos humanos, uma superior, na qual os tratados equivalem a emendas constitucionais e uma inferior, delegada aos tratados aprovados pelo rito comum.”¹⁰⁸ Ainda, na sua visão, o § 3º acabou tornando mais complexo o rito de aprovação ao impor maiores condicionamentos aos futuros tratados, que agora precisam ser aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos de cada casa do Congresso.

Logo, muito embora o Min. Celso de Mello tenha destacado em seu voto o fato de o § 3º afirmar-se como “cláusula de equivalência” e expressão da tendência contemporânea de várias Constituições em atribuir especial força às normas internacionais, não houve um enfrentamento da questão que fosse realmente condizente com essa diretiva.

De qualquer sorte, para além dessas implicações que o §3º suscitou perante o STF, outros questionamentos sobre o significado desse dispositivo emergiram na doutrina. No que toca à obrigatoriedade do procedimento especial, por exemplo, indaga-se se a redação duvidosa do parágrafo 3º abre margem para que os tratados futuros sejam eventualmente recepcionados pelo rito simples. O argumento a favor dessa hipótese aduz que não se poderia exigir que todo e qualquer tratado de direitos humanos ensejasse o quórum de três quintos, em dois turnos de votação, pois assim

uma dupla fundamentação ao direito infraconstitucional [...]. De um lado, ao criar elemento intermediário na hierarquia das normas, traz problemas desnecessários e complicadores à própria aplicação desses instrumentos de proteção de direitos humanos. De outra banda, parece que essa solução não dá o devido status a esses tratados de direitos humanos, menosprezando seu valor e sua importância para o direito interno e internacional atual”. ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo tribunal federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 291-293.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p.129.

¹⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.286.

sua aprovação poderia ser dificultosa, gerando uma situação mais desfavorável do que a que se tinha antes da EC nº. 45/2004.¹⁰⁹

Na precisa lição de Flávia Piovesan, não parece haver margem para tais apreciações, pois os tratados de direitos humanos que o Brasil vier a aderir,¹¹⁰ interpretados em consonância com o art. 5º, §2º, apontam para um dever de submissão ao procedimento do parágrafo terceiro. Na mesma linha, André Ramos Tavares salienta que a característica material das normas contidas no tratado é que atrai o rito qualificado de incorporação, não cabendo ao Congresso Nacional simplesmente optar pelo rito que lhe aprouver, já que é a matéria que circunscreverá a forma a ser adotada.¹¹¹

Em favor dessa interpretação pode-se dizer também que, a despeito de sua maior dificuldade, o procedimento equivalente ao das emendas também transpareceria uma maior legitimidade democrática à aprovação dos novos tratados, além de sua cogência poder refletir uma maior segurança jurídica, tanto no plano interno como no plano internacional¹¹². Apenas a certeza de submissão à esse procedimento permite que se pense com mais clareza nas especificidades que esse lastro formal traz.

Uma decorrência desse qualificador, conforme enuncia Valério Mazzuoli, se dá em relação à suscetibilidade de denúncia, que não seria possível em relação aos tratados formalmente constitucionais pelo fato de eles passarem a integrar o rol de cláusulas pétreas¹¹³. Assim, os direitos humanos previstos nos tratados, ao se

¹⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁰ Até o momento, apenas a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovadas segundo o rito do parágrafo 3º do art. 5º. A análise da incorporação dessa normativa será objeto do terceiro capítulo deste trabalho.

¹¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 411.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 87-109.

¹¹³ Apesar de Valério Mazzuoli também endossar a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, seu entendimento distingue-se em parte do defendido pela Prof. Flávia Piovesan no que tange aos tratados aprovados antes da EC 45/2004. Para Valério Mazzuoli esses tratados seriam apenas materialmente constitucionais, e apenas os aprovados pelo rito do §3º, art. 5º é que seriam material e formalmente constitucionais. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>>. Acesso em: 02 Out. de 2015.

tornarem formais (e fundamentais) adentrariam a intangibilidade do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição.

André de Carvalho Ramos,¹¹⁴ trazendo outra perspectiva à questão, afirma que haveria possibilidade de denúncia mesmo em face à “petrificação” dos tratados de direitos humanos, pois todos os tratados vem com cláusulas próprias de denúncia e o Estado brasileiro não costuma excluir essas cláusulas. O exemplo disso seria justamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado aprovado no Brasil com status equivalente à emenda constitucional, mas sem qualquer reservas frente às cláusulas de denúncia.

Para Flávia Piovesan, uma perspectiva interpretativa como essa não seria possível. Nas suas palavras, “é como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da ‘constitucionalização formal’ do tratado no âmbito jurídico interno”.¹¹⁵ Tal conclusão, à primeira vista, mostra-se mais alinhada à noção de reforço dos compromissos e obrigações assumidas internacionalmente. De qualquer modo, dada a relativa novidade da questão, ainda é cedo para dar respostas certas e acabadas para essa e outras controvérsias que venham a surgir.

Por ora, é possível sintetizar que a despeito das dúvidas que permeiam o parágrafo 3º, uma leitura desse dispositivo em consonância com uma interpretação ampliada do parágrafo 2º, pode dar respostas mais adequadas e condizentes com a lógica dos tratados de direitos humanos. Da mesma forma, pode-se afirmar que seja pelo advento da EC nº.45/2004, seja pelo atual posicionamento do Supremo, há, finalmente, o reconhecimento de que essa categoria de tratados deve ser vista de forma diferenciada.

Neste ponto, é preciso retomar algumas considerações enunciadas no voto do Min. Celso de Mello no RE nº. 466.343-1/SP que ilustram esse tratamento especial. Ao mencionar a Convenção Americana, o Ministro qualifica-a como uma “peça complementar” à tutela dos direitos fundamentais. Destaca também que conferir efetividade aos direitos protegidos nos tratados internacionais seria a missão

¹¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 278-282.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.140.

socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em especial ao Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶

Sobretudo, ao lado dessas ponderações, o ministro faz alusão à noção de controle de convencionalidade. Durante os debates que permearam o julgamento do referido Recurso Extraordinário, ao ser questionado sobre como seria possível verificar e compatibilizar os direitos provenientes de tratados Celso de Mello afirmou que seria preciso “promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.”¹¹⁷

Essa sinalização advinda do STF (mesmo que minoritária por ora) e a consolidação de um outro patamar hierárquico aos tratados de direitos humanos permitem vislumbrar novos mecanismos e respostas à interação entre o plano nacional e internacional. A ideia de um controle de convencionalidade decorre desses desdobramentos e coloca-se como uma dessas possibilidades a serem exploradas, conforme se verá a seguir.

3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO: DELINEAMENTOS E PERSPECTIVAS

O reconhecimento da força constitucional ou supralegal dos tratados de direitos humanos traz como consequência a afirmação desses conjuntos normativos como um novo paradigma a ser observado nos ordenamentos jurídicos. Em outros termos, para além da Constituição de cada Estado, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos também passam a ser parâmetros de controle normativo. Daí que emerge a temática do controle de convencionalidade, como um novo artifício para a integração e compatibilização das normas internas e internacionais.

Destarte, cabe mencionar que essa figura jurídica não é uma construção recente. O termo “controle de convencionalidade” tem origem francesa, e remonta à meados da década de 1970. No âmbito da decisão nº. 74-54 DC, o Conselho

¹¹⁶ Voto Min. Celso de Mello. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

¹¹⁷ *Idem*.

Constitucional francês declarou sua incompetência para analisar a lei interna em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, atentando para o fato de que tal controle seria distinto do controle de constitucionalidade que lhe competia. A partir desse momento que começou a se configurar essa nova categoria jurídica que traz, basicamente, a possibilidade de um controle jurisdicional da lei a partir das convenções e tratados internacionais de direitos humanos.¹¹⁸

Com a progressiva internacionalização dos direitos humanos e com as novas configurações que caracterizam os Estados Constitucionais na atualidade, foram se abrindo novos espaços para o aperfeiçoamento desse tipo de controle. O destaque que o tema vem ganhando no contexto latino-americano e, mais recentemente, na doutrina brasileira é um demonstrativo dessa tendência.

Importa destacar desde logo que essa categoria de controle pode ser compreendida sob distintas perspectivas. É possível identificar, a grosso modo, duas formas pelas quais a ideia de controle de convencionalidade se expressa teoricamente quando focamos o ordenamento jurídico brasileiro. Um primeiro modo diz respeito ao controle de convencionalidade exercido pelos juízes brasileiros e pelo Supremo Tribunal Federal. O segundo modo liga-se à um controle externo de convencionalidade, atribuído aos órgãos internacionais¹¹⁹, sobretudo, à Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Pacto de São José da Costa Rica.¹²⁰

O foco do presente capítulo será direcionado aos delineamentos desse controle no âmbito interno. Não obstante, é preciso fixar que a ideia de controle de convencionalidade nasce primordialmente a partir de uma construção jurisprudencial da Corte Interamericana. Assim, é essencial mencionar, ainda que brevemente, os desdobramentos e a evolução que essa categoria jurídica teve na sede do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para então partir para a compreensão do controle sob a perspectiva interna.

De início, pode-se dizer que a primeira formulação sobre a questão pode ser demarcada a partir do ano de 2003, ocasião em que a Corte Interamericana de

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: _____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p.58.

¹¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 294.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 66.

Direitos Humanos utilizou-se pela primeira vez da expressão “controle de convencionalidade”, em decisão proferida no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*.¹²¹ Nesse contexto, o uso do termo ainda teve um sentido mais restrito e rudimentar, pois designou especificamente a verificação de compatibilidade que a Corte exerce entre a norma do Pacto de San José da Costa Rica e a conduta perpetrada pelo Estado no caso concreto.

Como bem observa Eduardo Ferrer Mac-Gregor, essa caracterização do controle de convencionalidade “es la natural competencia que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias”.¹²² Esse sentido, portanto, designou de modo mais genérico o que vem a ser o controle de convencionalidade, pois liga-se à própria “razão de ser” da Corte, qual seja, a conferência das normas da Convenção e dos feitos do Estado para fins de determinar ou não a responsabilidade deste no plano internacional.

Somente a partir do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* que o termo passou a ter um conteúdo diferenciado, permitindo que a noção de controle de convencionalidade fosse melhor determinada juridicamente e tomasse os contornos atuais. Neste *leading case* a Corte reconheceu uma outra dimensão do controle de convencionalidade, atribuída aos juízes nacionais dos Estados sujeitos à sua jurisdição.

Como uma típica manifestação do processo de constitucionalização do direito internacional, a Corte caracterizou o dever do Poder Judicial em observar e aplicar as normas que provém dos tratados internacionais, buscando, no caso da Convenção Americana, os precedentes da Corte e o viés interpretativo que ela confere às suas normas. Assim foi postulado:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte

¹²¹ Assim constou: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” CIDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de Nov. de 2003. Voto do juiz Sergio García Ramírez. p. 07, par. nº. 27.

¹²² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 583.

del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹²³

O conteúdo dessa sentença demarca o momento em que a Corte assumiu o novo viés. O que se vislumbrou a partir daí é uma reiteração dessa diretiva. A Corte passou a pormenorizar como se daria o controle de convencionalidade exercido pelos juízes latino-americanos, como na decisão proferida contra o Peru, no caso dos *Trabajadores Cesados del Congreso*.¹²⁴ Nesse julgado foi dada maior ênfase a obrigação judicial de proceder ao controle de convencionalidade, sendo explicitado que tal verificação pode ser feita de ofício, desde que respeitados, obviamente, os limites de competência e demais requisitos processuais do caso concreto.

Os delineamentos do controle continuaram avançando. Na decisão do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, julgado em 2010, a Corte atentou para o fato de todas as autoridades internas estarem submetidas à Convenção Americana, especialmente aquelas que integram órgãos vinculados a administração da justiça em todos os seus níveis.¹²⁵ Tal conclusão colhe fundamento na interpretação do artigo 1º da Convenção,¹²⁶ que vincula as autoridades estatais à não-aplicação de normas que

¹²³ CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile**. Sentença de 26 Set. de 2006, p. 53, par. nº. 124.

¹²⁴ CIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru**. Sentença de 24 Nov. 2006. p. 47, par. nº. 128.

¹²⁵ Conforme explicita Eduardo Ferrer Mac-Gregor quando a Corte fala em juízes se refere a todos, “sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.” FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 591-592.

¹²⁶ Dispõe o Capítulo I da CIDH: “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

desobedeçam os parâmetros convencionais, sob pena de responsabilização internacional do Estado.

Da mesma forma, a Corte também tornou explícitos quais seriam os parâmetros utilizados para o controle. A Convenção Americana é, logicamente, o instrumento primordial para esse exercício, mas não se excluem outros instrumentos que também compõe o *corpus juris* interamericano¹²⁷ e que formam um autêntico bloco de convencionalidade em matéria de direitos humanos,¹²⁸ sendo assim, aptos a servir como fontes normativas.

Conforme explicita Sérgio García Ramírez, quando a Corte analisa casos litigiosos tem levado em conta tratados e documentos externos aos do Sistema Interamericano. Ainda que não tenha competência material para aplicá-los de forma direta, invoca-os e “recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación, establecimiento del contexto, conocimiento de estándares, inserción em el marco del Derecho internacional contemporáneo.”¹²⁹

Esse conjunto de parâmetros pode ser confrontado com as mais variadas disposições domésticas dos Estados submetidos à jurisdição da Corte, seja no controle externo feito nos casos contenciosos,¹³⁰ seja no controle de convencionalidade exercido no âmbito interno.¹³¹ Cabe destacar que ao falar em

¹²⁷ Isso se verifica, por exemplo, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*: “[...] al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” CIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru**. Sentença de 24 Nov. 2006. Voto do juiz Sergio García Ramírez. p. 01, par. nº. 02.

¹²⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 612.

¹²⁹ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 569.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *Op. cit.* p. 71 e 79.

¹³¹ RAMÍREZ, Sergio García. *Op. cit.* p. 571.

disposições domésticas, compreendem-se quaisquer atos normativos, leis, decretos, regulamentos, resoluções e também normas constitucionais.

É possível dizer, em síntese, que o controle de convencionalidade visto a partir do contexto interamericano se expressa em uma dupla dimensão: como um controle externo, próprio e originário da Corte, que resulta na responsabilização internacional do Estado mediante sentença declaratória e condenatória; e como um controle que deve ser exercido internamente, atribuído aos juízes e decorrente de um processo lógico de interpretação e conformação entre a normativa nacional e internacional em matéria de direitos humanos.¹³²

Imperioso sublinhar que a primeira dimensão do controle - ou seja, aquele exercido de modo originário pela Corte - é coadjuvante, aplicável somente quando já esgotadas as possibilidades internas. Isso porque o desígnio maior desse tribunal regional é a análise e julgamento de casos paradigmáticos, de tal modo que a jurisdição do sistema interamericano “no pretende y jamas se propuso substituir a las jurisdicciones em el oficio protector de los dechos humanos”.¹³³

Ao revés, a Corte visualiza justamente os juízes e tribunais nacionais como detentores primários do dever compatibilizar o direito interno com a Convenção Americana, vendo-os como os sujeitos que detém a possibilidade de resguardar de maneira mais imediata a proteção de direitos humanos. Assim sendo, o estabelecimento desse dever de controle interno busca antes de tudo favorecer um mínimo protetivo aos indivíduos, para além de fomentar o diálogo entre a ordem interna e internacional, edificando um *ius commune* interamericano.¹³⁴

¹³² RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 559.

¹³³ Idem, Ibidem. p.578.

¹³⁴ Identifica-se aqui uma grande benesse que pode advir do diálogo jurisdicional e do controle de convencionalidade no âmbito interamericano. Nas palavras de Humberto Alcalá, “El control de convencionalidade deposita em sede jurisdiccional nacional um voto de confianza en que los jueces locales interpretarán y aplicarán el derecho de los derechos humanos contribuyendo a generar um *derecho público común básico de nivel regional interamericano*, reforzando el Estado constitucional democrático em la región, una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, un derecho público regional mas integrado al menos en los estándares mínimos de respecto de derechos humanos y jueces mas legitimados y empoderados de su función de aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales.” ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidade del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el control de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Control de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 500.

Essa incumbência, vale frisar, não pressupõe uma exclusão pura e automática de normas domésticas. A margem de apreciação do juiz nacional é garantida, havendo inclusive um incentivo para que se imprima interpretação distinta da Corte e se apliquem outras normas quando elas forem mais favoráveis à proteção da dignidade humana.

O que se observa, assim, é que a essência do controle preconizado pela jurisprudência interamericana repousa, primeiramente, na tentativa de uma harmonização normativa e interpretativa. Conforme leciona Ferrer Mac-Gregor, o que deve ocorrer é um controle das interpretações que não cobrem os parâmetros convencionais mínimos. O exercício desse controle deve ensejar uma análise criativa do caso concreto por parte do juiz, buscando que a norma alcance maior efetividade. Para o autor, essa análise deve ser guiada pelo princípio internacional *pro homine*, que será abordado adiante:

Em efecto, al realizarse el 'examen de compatibilidad convencional' el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto em el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales^{135 136}

Um olhar atento a esse modo de controle faz ver que não se trata de uma proposta completamente inovadora.¹³⁷ O controle de convencionalidade em matéria de direitos humanos é uma decorrência natural da dinâmica que se inaugura com a

¹³⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 605.

¹³⁶ O artigo 29 estabelece normas de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica: "Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹³⁷ Conforme leciona Humberto Nogueira Alcalá: "Cabe senâlar que el control de convencionalidade *per se* no es exclusivo del sistema interamericano, este es un control jurídico y jurisdiccional que se concreta em el plano internacional o supranacional em cada caso, el que posibilita determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales de um Estado Parte a partir de la coherencia entre la conducta del Estado y las obligaciones determinadas por la norma jurídica o tratado internacional". ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidade del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el control de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 482.

internacionalização desses direitos. Igualmente, é uma categoria que vai se afirmando a partir das próprias ordens internas, na proporção em são adotadas cláusulas de abertura e avanços jurisprudenciais orientados ao diálogo com as normas internacionais.

Daí a pertinente colocação de Ferrer Mac-Gregor de que a novidade trazida pela fiscalização convencional é justamente a consolidação jurisprudencial desse dever. Há agora um ditame expresso que provém diretamente da Corte Interamericana para os juízos internos, em especial para aqueles que concentram maior poder e que podem engendrar um controle mais intenso da convencionalidade, como o tribunal constitucional.¹³⁸

Observa-se portanto, que o controle de convencionalidade feito pela Corte não exclui de qualquer modo o controle exercido pelos juízes nacionais. Ao contrário, as duas formas de exercício desse controle estão umbilicalmente ligadas e devem ser vistas de maneira dinâmica e complementar.

O dever que provém da construção jurisprudencial do tribunal de São José da Costa Rica é apenas um mínimo exigível a partir dos parâmetros normativos interamericanos. A possibilidade que subjaz desse comando é que cada ordenamento exerça um controle com base também em outros diplomas internacionais que façam parte de seu bloco de constitucionalidade.¹³⁹

É dentro desse contexto que a doutrina nacional passa também a desenvolver e detalhar as possibilidades que se abrem no ordenamento pátrio para a realização de um controle de convencionalidade. Cuida-se, assim, de dar contornos mais definidos a esse dever, que decorre tanto da submissão do Estado brasileiro à jurisdição da Corte, como do fato de estar comprometido com a ratificação de diversos outros tratados de direitos humanos.

André de Carvalho Ramos, pioneiro em defender a ideia de controle de convencionalidade no Brasil, ressalta em sua proposta que a incorporação de tratados

¹³⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Op. cit.* p. 587-588.

¹³⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Op. cit.* p. 549.

internacionais traz, sobretudo, um dever de adoção das interpretações que os órgãos internacionais¹⁴⁰ conferem às normas convencionais. Assim,

O controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio de seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um controle de convencionalidade aplicado, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos interpretes finais dessas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratados.¹⁴¹

A partir do momento em que o Brasil ratifica os tratados e convenções e reconhece a competência de órgão internacionais que controlarão o cumprimento desses diplomas, impende ao STF que faça essa verificação da *ratio decidendi* internacional. Com isso, tem-se um caminho possível para concretizar um diálogo entre Cortes e uma convergência das distintas ordens jurídicas, dado que tanto o STF quanto as demais Cortes e instâncias de controle internacional compartilham a responsabilidade de garantir os direitos humanos.¹⁴²

Ramos atenta para o fato de que no Brasil geralmente ocorre a atribuição de uma “interpretação nacional” aos tratados, o que acaba afastando a possibilidade de diálogo e gerando colisões entre o âmbito interno e externo. Daí que o autor advoga que, na insuficiência do diálogo, deve-se adotar um duplo controle ou crivo de Direitos Humanos: qualquer ato doméstico deve observar tanto o controle de constitucionalidade, obedecendo a jurisprudência do STF, como o controle de convencionalidade, adequando-se ao teor da interpretação internacional.¹⁴³ Os dois controles coexistem, e os atos internos devem passar por ambos para que possam produzir efeitos.

¹⁴⁰ Apesar de o autor focar os tribunais internacionais permanentes, não negligencia outras instituições que fornecem interpretações e que concretizam o dever de cumprimento das normas internacionais: instituições arbitrais, tribunais temporários e *ad hoc*, tribunais híbridos, e sobretudo, órgãos quase-judiciais de proteção de direitos humanos. RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015. p. 502-503.

¹⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015. p. 245.

¹⁴² Idem, ibidem. p. 282.

¹⁴³ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 Out. 2015. p. 519-521.

O que deve balizar essa análise é aplicação das normas e interpretações que mais favoreçam a proteção da pessoa humana, sendo vedado “invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo legislação interna”.¹⁴⁴

Com uma proposta teórica que olha a temática a partir do âmbito interno, Valério Mazzuoli também prenuncia e pormenoriza a defesa do controle de convencionalidade no Brasil. O autor destaca que com o acréscimo do §3º ao art. 5º da Constituição pela EC nº. 45/2004 e com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no histórico julgamento do RE nº. 466.343-1/SP, cristalizou-se a especial força normativa dos tratados e pactos internacionais de direitos humanos, bem como a vinculação que tal força traz aos poderes do Estado. Como consequência desse reconhecimento, é que abriu-se mais espaço ao debate do controle de convencionalidade.

Com efeito, Mazzuoli propugna a existência de um duplo limite vertical material para o controle normativo.¹⁴⁵ Isto é, há dois filtros de compatibilidade pelos quais as normas produzidas no ordenamento brasileiro devem passar. O primeiro deles é composto pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, sendo estes últimos considerados pelo autor materialmente constitucionais (caso aprovados antes da EC nº.45/2004) ou material e formalmente constitucionais (caso aprovados pelo rito do §3º, art. 5º da CF). É a verificação de compatibilidade com esses tratados que configura o controle de convencionalidade. O segundo filtro seria composto pelos tratados internacionais comuns, que na visão de Mazzuoli possuem status supralegal e geram um controle de supralegalidade.¹⁴⁶

A partir dessas premissas teóricas, o autor propõe um detalhamento do controle de convencionalidade no ordenamento brasileiro. No seu entender, a visão dessa

¹⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015. p. 255.

¹⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴⁶ Em sua concepção, os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos possuem, pelo menos, status supralegal. Nesse sentido: “Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm status supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186.

figura jurídica sob as lentes internas tem caracteres próprios, diferenciando-se de análises feitas a partir do direito internacional:

Não se trata de técnica *legislativa* de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo *internacional* de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados [de direitos humanos], tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato).¹⁴⁷

Verifica-se que sua proposta, embora pioneira em esmiuçar e divulgar a questão no âmbito interno, é definida em muito a partir da visão da Corte Interamericana acerca da responsabilidade dos juízes e tribunais internos em considerar as normas da Convenção Americana e em observar as interpretações que a Corte imprime à elas. O próprio autor reconhece que o “poder-dever” que a Corte Interamericana explicita ao defender que o juiz nacional exerça *ex officio* um controle de convencionalidade vai ao encontro de sua proposição.¹⁴⁸

Para Mazzuoli, o controle é apto a ser realizado sempre que o juiz da causa “estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*.”¹⁴⁹ Logo, sua proposta teórica apenas amplifica o parâmetro já enunciado pela Corte, ao reconhecer a possibilidade de controle perante qualquer tratado que o país seja parte, além de ser pioneira em sistematizar as implicações internas possíveis.

Nesse sentido, dentro do primeiro limite vertical (que comporta tanto a Constituição como os tratados internacionais de direitos humanos) o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade coexistem, sendo este complementar e coadjuvante daquele. Por conseguinte, caberia verificar inicialmente a validade das normas com a Constituição (primeira parte desse limite vertical) e, em seguida, verifica-se a compatibilidade do direito doméstico com a segunda parte desse limite, ou seja, os tratados e convenções de direitos humanos. A segunda verificação

¹⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182-183.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 184.

—o controle de convencionalidade - poderia ocorrer tanto de maneira difusa como concentrada.¹⁵⁰

O controle difuso de convencionalidade seria aplicável de maneira muito similar ao controle de constitucionalidade, com a particularidade de ter como parâmetro uma norma de fonte internacional. Essa modalidade abarcaria todos os tratados que tratam de direitos humanos, independentemente do quórum pelo qual foram internalizados. Isto é, por possuírem status de normas materialmente constitucionais, esse conjunto de tratados ensejaria o controle incidental, cabendo ao juiz da causa negar a aplicação de normas legais (ainda que vigentes) quando não forem compatíveis com o que propõe a norma convencional. O controle concentrado, por sua vez, teria uma aplicação mais restrita, sendo possível somente em relação aos tratados de direitos humanos aprovados com o rito previsto no § 3º. do art. 5º da CF.¹⁵¹

Pode-se questionar, em face da modalidade concentrada, se este não seria um típico controle de constitucionalidade. Para Valerio Mazzuoli seria preciso observar que o conteúdo a ser resguardado é matéria convencional, logo, sob um olhar mais rigoroso, estar-se-ia diante de um controle de convencionalidade. Em outros termos, o controle de convencionalidade nos casos concentrados é, na verdade, apenas operacionalizado “tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn, uma ADECON ou uma ADPF), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional.”¹⁵²

Nesse ponto vale destacar que, apesar da formulação do controle de convencionalidade colocar-se a partir de um paralelo feito com o controle de constitucionalidade, os dois não se confundem. A fonte a que eles se remetem é distinta: em um caso será a Constituição, fundamento último de uma comunidade política, e em outro, o tratado ou convenção, fruto de um acordo internacional, alicerçado nos ditames internacionais e passível de gerar uma responsabilização do

¹⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵¹ Na concepção de Mazzuoli, somente ao adquirem este lastro formal de constitucionalidade, é que as normas que provêm dos tratados internacionais de direitos humanos passam a servir de objeto para as ações elencadas no art. 102, I, alínea a, da Carta de 1988. A proposição de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) seria possível na medida em que apenas tais tratados nivelam-se às emendas constitucionais. *Idem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 218.

Estado na eventualidade de uma violação. Nesse sentido, vale mencionar a pertinente lição de Humberto Nogueira Alcalá:

El control de constitucionalidade es um control diferente al de convencionalidade, éste tiene como parâmetro el texto de la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de que [...] las constituciones incorporen a los tratados y convenciones de derechos humanos em cuanto tales com jerarquia constitucional, como ocurre entre muchos otros, a manera ejemplar, com las constituciones de Argentina, de Brasil, de México. Em estos casos el control de constitucionalidade que realiza la jurisdicción constitucional respectiva, concentrada o difusa, [...] debe integrar em el parâmetro de control de constitucionalidade el bloque constitucional, el cual incluye ya no sólo los atributos y garantías de los derechos assegurados em el texto formal de la Constitución, sino los atributos y garantías que enriquecen tales derechos y que se encuentran contenidos el la fuente convencional de derecho internacional[...].¹⁵³

Ingo Sarlet, também reconhecendo as distinções entre os institutos, afirma que independentemente da hierarquia constitucional dos tratados, a terminologia “controle de convencionalidade” afirma que os tratados “operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.”¹⁵⁴

Afora isso, pode-se mencionar que o controle de convencionalidade pode ser exercido de modo mais amplificado, pois não ocorre apenas nos tribunais internos como o controle constitucionalidade, mas é passível de ser exercido tanto por tribunais internos como por tribunais internacionais.¹⁵⁵

Feitas essas considerações, é preciso acrescentar que a análise de compatibilidade nos casos concretos não deve excluir automaticamente a norma legal. Ainda que o controle de convencionalidade (tanto o difuso quanto o concentrado) se faça entre normas infraconstitucionais e normas convencionais¹⁵⁶, não é possível concluir que as primeiras serão sempre menos protetivas. Ao contrário,

Quando a norma infraconstitucional é mais benéfica que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é ela que deve ser aplicada em detrimento destes [...]. O problema que surge – e aí se aplica a teoria da dupla

¹⁵³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafios del control de convencionalidade del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el control de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 497-498.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Op. cit.* p. 110.

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.* p. 211.

¹⁵⁶ Conforme esclarece Mazzuoli, é na hipótese de leis compatíveis com a Constituição, mas violadoras das normas internacionais de direitos humanos em vigor “que tem lugar o ‘controle de convencionalidade’, tanto o difuso como o concentrado.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

compatibilidade vertical material e o consequente controle de convencionalidade – vai dizer respeito ao caso em que a *lei* interna é em tudo *compatível* com a Constituição, mas viola um tratado de direitos humanos por ser menos benéfica que este.¹⁵⁷

Daí que é preciso ressaltar a importância da ideia do diálogo entre as fontes normativas. O exercício do controle de convencionalidade deve ter como plano de fundo essa perspectiva dialógica, não podendo excluir de forma simplista a norma infraconstitucional.

Para além de unir a Constituição e os tratados de direitos humanos “em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível” com ambos, o intuito maior que subjaz do controle de convencionalidade é a coordenação e harmonização que deve ser buscada pelos aplicadores do direito.¹⁵⁸ O que irá guiar essa tarefa é o princípio internacional *pro homine*, que preceitua a aplicação da norma mais favorável à proteção da pessoa humana, independentemente da fonte da qual provém ou de seu status hierárquico.

Tal noção advém do Direito Internacional dos Direitos Humanos e está presente em diversos diplomas internacionais¹⁵⁹. Expressa-se em cláusulas de diálogo¹⁶⁰ que visam facilitar a comunicação entre as normas internas e as internacionais, de modo a evitar conflitos normativos. Sobre tal postulado, Flávia Piovesan leciona:

Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. [...] A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.¹⁶¹

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 215.

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 214.

¹⁵⁹ Como exemplos, Flávia Piovesan menciona os seguintes diplomas: art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; art. 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança; art. 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos; arts. 13 e 14 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; art. 5º da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados; e art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.116 e ss.

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157-158.

No entendimento de Valerio Mazzuoli, a primazia da dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição brasileira e a ideia de prevalência dos direitos humanos disposta no art. 4º, II, somam-se às cláusulas de diálogo já inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos e autorizam a aplicação do princípio *pro homine* no ordenamento pátrio. Com isso não há uma exclusão de ordem jurídicas, mas sim uma relação aberta e de complementariedade, que inclusive evita a responsabilização internacional do Estado.¹⁶²

André de Carvalho Ramos, como já enunciado, também sustenta tal perspectiva.¹⁶³ Para o autor, apesar da existência de uma ordem jurídica plural, ainda não há regras claras acerca do convívio entre o plano interno e o internacional. Por isso é que, como efeito dessa interação, tem-se tanto fenômenos que espelham a harmonia quanto a dissonância das duas esferas. Dentro de tal contexto, o diálogo é que se mostra como a “primeira possibilidade de estímulo da convergência das ordens plurais”, colocando-se como uma solução harmônica e preventiva de colisões.

Esse diálogo perpassa não só a observação dos textos das diferentes fontes normativas, mas principalmente a observação das diferentes interpretações e do uso interconectado de fundamentos pelos órgãos internos e internacionais, num processo de “fertilização cruzada” que aprimora as decisões que envolvem direitos humanos.¹⁶⁴

Como ponto de orientação para o diálogo entre Cortes e para o controle de convencionalidade, André Ramos também elege a noção de primazia da norma mais favorável, que vem embutida nos próprios tratados internacionais. Acresce, porém, que tal postulado deve ser visto ao lado do princípio de ponderação de interesses, na medida em que, em seu entendimento, nem sempre seria possível estabelecer a

¹⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. p.227-228.

¹⁶³ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 Out. 2015.

¹⁶⁴ Nessa linha se inserem as pertinentes observações de Virgílio Afonso da Silva, ao propor um diálogo constitucional transnacional através de empréstimos e migração de ideias entre jurisdições. Nas suas palavras, “[...]é possível afirmar que mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão (ou tribunal) supranacional, a integração, por meio do livre fluxo de ideias, poderia ser riquíssima e intensa.” SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 515-530.

quem a norma é mais favorável, como em *hard cases*, que envolvem colisão entre direitos fundamentais.¹⁶⁵

Encaminhando-se para o arremate das ponderações feitas até aqui, cabe insistir no fato de que as relações entre a ordem interna e a ordem internacional desvelam-se complexas na atualidade. Com a expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, alinhada à abertura das ordens constitucionais, o que se vislumbra é que novas respostas devem ser buscadas para dar conta de tal complexidade.

Sem pretender esgotar os detalhes e questionamentos que se colocam frente às questões abordadas neste ponto, importa repisar que por trás das proposições aventadas hodiernamente tem-se como plano de fundo a noção de complementariedade de ordens jurídicas, abordada sob o prisma do *humans right approach*.¹⁶⁶

É nesse contexto que o controle de convencionalidade se apresenta, devendo ser visto, sobretudo, como uma ferramenta que viabiliza o diálogo e a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Sua existência só é possível com o reconhecimento de um status diferenciado de tais normas frente à legislação ordinária, o que, felizmente, foi afirmado no Brasil com a EC nº.45/2004 e com a decisão do Supremo no paradigmático caso da prisão do depositário infiel em 2009 (resguardadas as dúvidas que ainda se colocam, conforme exposto).

Há, no entanto, muito a avançar. Apesar da vinculação formal do Brasil a diversos tratados verifica-se um silêncio ou um uso insuficiente de tais normativas no momento da aplicação prática.¹⁶⁷ Daí a necessidade de ter em conta a noção de diálogo e de primazia da norma mais favorável, que devem permear qualquer

¹⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015. p. 256-257.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 Out. 2015. p. 511.

modalidade de controle de convencionalidade, evitando que tal figura jurídica seja utilizada para reafirmar desejos de supremacia¹⁶⁸ de uma ordem jurídica sobre outra.

O estudo e a visibilidade de tais figuras jurídicas, para além de refletir a emergência de um novo paradigma da cultura jurídica contemporânea, permite uma oxigenação dos debates que circundam o direito interno em suas relações com o direito internacional (como o relativo à hierarquia dos tratados), podendo conferir elementos para o que está por vir.

Com essas breves considerações buscou-se mostrar alguns pontos relevantes do debate que tangencia a internalização de tratados de direitos humanos no Brasil na atualidade. Esses delineamentos compõe o plano de fundo teórico para a análise que se fará a seguir, que enfoca o caso específico da incorporação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado aprovado pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º.

À luz dos elementos aqui colocados, busca-se explicitar os reflexos jurídicos de tal normativa no ordenamento pátrio, investigando se a ideia de um controle de convencionalidade surtiu efeitos face à esse diploma e se houve uma internalização da normativa adequada à perspectiva contemporânea dos direitos humanos.

¹⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* p. 498.

4 A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES

4.1 UM NOVO PARADIGMA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 projetou em seu texto um consenso ético mínimo para guiar o percurso de cada Estado na sua função de garantir e concretizar direitos. Com ela, conforme já enunciado, a noção de sujeito de direito é ampliada e universalizada, atribuindo-se a todos os indivíduos não mais apenas o título de cidadãos nacionais, mas de cidadãos do mundo.¹⁶⁹

Se é certo que esse documento internacional pode ser visto como uma síntese do passado, parece mais adequado, conforme explicita Norberto Bobbio, mirá-lo como uma inspiração para o futuro. Na medida em que “suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”, foi necessário (e ainda se faz) discriminar, aperfeiçoar e, sobretudo, buscar meios de tornar efetivos todos os direitos que a Declaração Universal enuncia.

Isso porque passadas algumas décadas de sua elaboração, ainda há um enorme descompasso entre o que foi calcado em seu texto e a realidade que se vislumbra cotidianamente.¹⁷⁰ Daí a necessidade de se ter ciência da historicidade desse diploma, para então visualizar o movimento contínuo de desconstrução, reconstrução e complementação que permeia sua mensagem no decorrer do tempo. Dentro dessa dinâmica, uma tendência específica merece ser destacada nos anos que sucederam desde 1948: a de particularização dos cidadãos do mundo.

Reconhecer a universalização dos direitos mais essenciais ao indivíduo, atrelando a humanidade à cidadania, foi uma primeira etapa e um primeiro modo de

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 204-205.

¹⁷⁰ Consoante leciona Melina Fachin: “O legado da Declaração Universal de Direitos Humanos ainda, concretamente, não se realizou, sendo a concepção de integralidade, interdependência, indivisibilidade e universalidade do conteúdo dos direitos humanos promessa a cumprir, nos planos global, regional e local.” FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 103.

especificação.¹⁷¹ O próximo passo, na lição de Bobbio, impôs um questionamento a mais: que homem? que cidadão?

Verificou-se que a igualdade e o respeito universal enunciados no preâmbulo da Declaração colocaram em um horizonte coeso uma gama muito diversificada de indivíduos, grupos e culturas que, na prática, vivem situações muito dissonantes. Logo, foi necessário identificar quem eram as pessoas que estavam por trás da categoria intangível e homogênea de “sujeitos de direitos”.

Um processo de gradual distinção e reconhecimento de interesses e de carências fez transparecer essa heterogeneidade, possibilitando a operacionalização de um tratamento jurídico adequado à essas necessidades peculiares, não mais ligadas à uma categoria abstrata de homem, mas à pessoas tangíveis.¹⁷² Como sintetiza Bobbio, essa tendência de “especificação” dos direitos humanos ilustra uma passagem:

a passagem ocorreu do homem genérico — do homem enquanto homem — para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.¹⁷³

Esse processo de especificação reflete o caráter essencialmente contramajoritário do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Conforme observa André Ramos, ainda que muitas vezes os grupos específicos sejam superiores em termos numéricos, suas pautas não são hegemônicas, de modo que as majorias acabam, de maneira geral, alcançando mais facilmente seus anseios nos processos políticos internos. Daí que, na maioria dos casos, o direito internacional dos direitos

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004. p.59.

¹⁷² As transformações sociais, os movimentos e lutas de parcelas da população destacaram essas necessidades peculiares e fizeram com que diversos tratados e convenções específicas surgissem no âmbito internacional após 1948, com vistas justamente a distinguir e operacionalizar uma proteção diferenciada. Pode-se citar, nesse sentido, os seguintes documentos: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 e a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, de 1990.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p.64.

humanos implementa essas especificações normativas justamente para reforçar e garantir a proteção àqueles que mais tem seus direitos violados.¹⁷⁴

Tal especificação pode ser observada principalmente quando se enfocam os direitos sociais, onde as diferenças se sobressaem de forma mais nítida em relação aos direitos civis e políticos, na medida em que aqueles direitos demandam uma atuação positiva mais intensa do Estado.¹⁷⁵

Uma adequada proteção de ambos os direitos deveria espelhar a indivisibilidade que caracteriza a concepção contemporânea de direitos humanos. O que acaba ocorrendo, contudo, é uma divisão indesejada dessas categorias, negligente ao fato de que a violação de certos direitos (como os econômicos, sociais e culturais) congrega-se à violação de outros (como os direitos civis e políticos) em uma soma de vulnerabilidades que recai justo sobre a parcela mais frágil da população. No dizer de Flávia Piovesan, o processo de violação dos direitos humanos acaba, assim, por alcançar prioritariamente os grupos sociais vulneráveis. Por isso é que uma proteção efetiva dos direitos humanos “demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão.”¹⁷⁶

É nesse contexto de especificação de direitos que se insere a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, objeto do presente capítulo.

Tal conjunto de normas é exemplificativo desse processo de precisão de direitos e de proteção contramajoritária e seu enfoque é direcionado à uma parcela expressiva da população mundial, que foi relegada muitas vezes à invisibilidade e à negação de direitos essenciais.

No curso da História prevaleceu por muito tempo uma “cultura da normalidade” em relação aos corpos, não havendo espaço para a diferença e para a aceitação de restrições. Isso ocasionava uma rotulação discriminatória, que enxergava os

¹⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.144-145.

¹⁷⁵ Bobbio afirma que ao se lançar um olhar ao campo dos direitos sociais identifica-se uma maior proliferação de sujeitos concretos, que antes eram desconhecidos nas declarações que cuidavam dos “direitos de liberdade”. Nesse sentido, o autor aduz que “igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004. p. 66.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64-65.

impedimentos corporais como verdadeiras características inferiorizantes, por vezes resultados do pecado, do azar ou de tragédias pessoais do indivíduo.¹⁷⁷

As pessoas com deficiência vivenciavam assim um isolamento institucional,¹⁷⁸ decorrente de uma visão que tinha como foco apenas as condições intrínsecas defeituosas, sem cogitar que razões de outras ordens - como sociais ou econômicas - pudessem colaborar também para estruturar tal nicho excludente. Dentro desse contexto, a discussão sobre direitos específicos inexistia ou era insuficiente.

Apenas com as transformações sociais e tecnológicas que se deram após a Revolução Industrial e, sobretudo, após as Guerras Mundiais, é que criou-se um ambiente mais atento às reivindicações dessa parcela de indivíduos, iniciando-se então uma progressiva construção e discussão de modelos de abordagem da deficiência e de suas implicações jurídicas. Conforme leciona Flávia Piovesan, é possível sintetizar pelo menos quatro fases na história da elaboração dos direitos das pessoas com deficiência:

a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere [...].¹⁷⁹

¹⁷⁷ DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009, p. 65-66.

¹⁷⁸ De acordo com Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, “[...] nos primórdios, as pessoas com deficiência eram efetivamente eliminadas, conforme ocorria ritualisticamente em Esparta, quando os bebês ‘defeituosos’ eram devolvidos aos deuses, projetados do alto do Taigeto para uma queda de 3 mil metros; em Roma, a Lei das XII Tábuas também conferia ao pater famílias o poder de vida e morte sobre seus filhos, faculdade exercida com mais constância em caso de crianças com deficiência. Na Idade Média, a civilização ocidental atribuiu às pessoas com deficiência a pecha do pecado, uma vez que a Igreja comumente mantinha-as sob a caridade exercida em guetos de asilamento. Acreditava-se que a deficiência era fruto do pecado dos pais ou da própria pessoa que adquiria uma limitação física, mental, intelectual ou sensorial. Embora a Revolução Industrial e as promessas da modernidade tenham trazido certo avanço à posição das pessoas com deficiência, como o resultado do desenvolvimento tecnológico que viabilizou a invenção de equipamentos como muletas, cadeiras de rodas, macas móveis, a criação do código braille e das línguas de sinais etc., nada se transformou em relação ao asilamento institucional desses cidadãos”. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 695-696.

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359-361.

É na passagem da perspectiva assistencialista/biomédica para a perspectiva inclusiva/social que se situam as primeiras normativas internacionais que lidaram com o tema da deficiência e o atual diploma que regula a matéria, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Pode-se dizer que trata-se de um passado bastante recente, que remonta ao início da década de 70, com a aprovação na ONU da Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, em 1971. Este foi o primeiro instrumento do sistema global a traçar garantias mínimas a essa parcela da população, determinando que deviam ser resguardados às pessoas com deficiência mental, “no grau máximo possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos.”¹⁸⁰

Tal normativa, todavia, ainda lidava somente com uma modalidade em particular de deficiência. Apenas em 1975 é que foi elaborada pela ONU uma declaração mais ampliada: a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes. Este documento teve o intuito de estender parâmetros protetivos mínimos à outras formas de impedimentos, e não apenas aos de ordem psíquica. Embora ainda tímida e diminuta, a aludida declaração destacou a necessidade de uma atuação institucional dos países voltada para as demandas particulares que a condição de deficiência acarreta. Atentou também para a atividade informativa de organizações não-governamentais na promoção de direitos e debate de políticas voltadas às pessoas com deficiência.¹⁸¹

Mais tarde, em 1982, houve a aprovação do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência na ONU, que buscou divulgar um conjunto de medidas aptas para a realização da igualdade e da participação plena das pessoas com deficiência na vida social e no desenvolvimento.¹⁸² Na sequência, ainda dentro do

¹⁸⁰ SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos In: IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010. v. IV, p. 212.

¹⁸¹ A Declaração foi proclamada em 9 de dezembro de 1975 pela Assembleia Geral, dispondo, em seu item 8: “Disabled persons are entitled to have their special needs taken into consideration at all stages of economic and social planning.” Na sequência, o item 12 prevê: “Organizations of disabled persons may be usefully consulted in all matters regarding the rights of disabled persons.” UNITED NATIONS [UN]. General Assembly Resolution n. 3447 of 09 december 1975. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. Disponível em: <www.un-documents.net/a30r3447.htm> Acesso em 31 Out. 2015.

¹⁸² No documento a ONU reconhece “the continuing need to promote the realization of the right of disabled persons to participate fully in the social life and development of their societies and to enjoy living conditions equal to those of other citizens, as well as to share equally in the improvements in living conditions resulting from social and economic development.” UNITED NATIONS [UN]. General Assembly Doc. A/RES/37/52 of 03 december 1982. **World Programme of Action concerning**

plano global, cabe mencionar também o advento da Convenção nº.159 da OIT, em 1983, que tratou especificamente sobre a adoção de políticas e ações afirmativas que favoreçam a obtenção de emprego e a reabilitação profissional dessa parcela da população.¹⁸³

Vislumbra-se que no âmbito da ONU o conjunto de disposições existentes anteriormente à CDPD ainda não detinha uma força jurídica vinculante. De acordo com Amita Dhanda,¹⁸⁴ as primeiras tentativas de adoção de uma *hard law* na ONU não foram aceitas sob o argumento de que “a deficiência não estava excluída dos instrumentos gerais de direitos humanos” e por isso não seria necessário adotar uma convenção especial.

A despeito de tal argumento, na prática o que se verificava era um déficit de direitos para esse grupo de pessoas. Da mesma forma, mesmo persistindo tal discurso de suficiência de normas gerais, a própria ONU – paradoxalmente – reconhecia a existência de dificuldades e peculiaridades decorrentes da deficiência, o que ensejou a elaboração das declarações acima listadas.

Conforme salienta Dhanda, esses instrumentos de *soft law*, apesar de serem os primeiros a atentarem para essa demanda por direitos específicos, ainda ficavam muito aquém do necessário, já que marcados ainda por um viés voltado para aspectos biomédicos. Basta ver o conceito e a nomenclatura trazidas na Declaração de 1975 em seu artigo 1º, que dispõe:

O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.¹⁸⁵

Vale observar que, à exceção do Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes, o teor desses documentos de *soft law* sequer foi mencionado no texto da

Disabled Persons. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r052.htm>>. Acesso em 31 Out. 2015.

¹⁸³ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.

¹⁸⁴ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. p. 44.

¹⁸⁵ Na redação original, “the term “disabled person” means any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities.” UNITED NATIONS [UN]. General Assembly Resolution n. 3447 of 09 december 1975. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. Disponível em: <www.un-documents.net/a30r3447.htm>. Acesso em 31 Out. 2015.

CDPD, em muito por ilustrarem uma visão unilateral de como os não-deficientes percebem a deficiência.¹⁸⁶ É por isso que ao se falar da Convenção que atualmente rege o tema no sistema global não se está a tratar de apenas mais um documento de especificação, mas sim de um novo paradigma.¹⁸⁷ É o que passa a ser analisado a partir de agora.

A começar por seu processo de elaboração, já é possível distinguir a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em relação às declarações anteriores e mesmo em relação a outros tratados elaborados no âmbito das Nações Unidas. Considerando todas as etapas de debates, negociações, formulação do texto, e adesão, trata-se do diploma que teve a tramitação mais célere no contexto legislativo internacional. Proposta pelo México em 2002, a Convenção teve seus trabalhos concluídos e sua aprovação pela Assembleia Geral em 13 de Dezembro de 2006, em Nova Iorque, passando a ser o primeiro tratado de direitos humanos aprovado no século XXI.¹⁸⁸ Sua vigência teve início em 03 de Maio de 2008, momento em que houve a vigésima ratificação do instrumento.

Para além desses dados, é preciso enfatizar o modo de elaboração que aplicou-se a tal diploma. Seu conteúdo foi discutido a partir de um Comitê *ad hoc* integrado por representantes de 192 países mas, sobretudo, por diversas instituições e organizações da sociedade civil originárias de distintas culturas e continentes. Muitas dessas organizações eram compostas por pessoas com deficiência ou por seus representantes que, após um credenciamento junto à ONU, obtinham o poder de propor sugestões e alterações diretas no texto da Convenção. Esse caráter plural

¹⁸⁶ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. p. 45. No mesmo sentido, Christian Courtis afirma que “[...] el Programa de Acción Mundial, e instrumentos posteriores como las Normas Uniformes marcan un corte con respecto al modelo previo; de modo que, si se quiere hablar de cambio paradigmático, estos instrumentos efectuaron uno con respecto a los anteriores.” COURTIS, Christian. **La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante um nuevo paradigma de protección?** p. 73. Disponível em: <biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2468/10.pdf>. Acesso em: 03 Nov. 2015.

¹⁸⁷ COURTIS, Christian. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante um nuevo paradigma de protección? In: MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea. **Memoria del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: por una cultura de la implementación**. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2007. p. 71-83. Disponível em: <biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2468>. Acesso em: 03 Nov. 2015.

¹⁸⁸ SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos In: IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010. v. IV, p. 213.

e participativo distinguiu o procedimento de construção desse tratado, na medida em que “a troca de experiências intercontinental, transcultural, técnica e política efetivamente imperou”.¹⁸⁹

O resultado desse diálogo¹⁹⁰ cristalizou-se nos 50 artigos que compõe a Convenção. Por trás dos direitos enunciados e por trás das normas metodológicas, atinentes ao modo de aplicação e vigência do tratado, plasmou-se uma série de demandas contra-hegemônicas que há muito careciam de instrumentos jurídicos vinculantes e buscou-se conferir efetividade aos direitos humanos que já constavam em outras Convenções anteriores.¹⁹¹

A razão maior da inovação deste diploma é, contudo, o conceito renovado de deficiência que seu texto trouxe. Ao dispor em seu primeiro artigo que a pessoa com deficiência é aquela que “tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”, adota-se uma conceituação política de deficiência, e não mais apenas uma conceituação atrelada somente à fatores médicos. Esse viés político congrega elementos de duas ordens.

Conforme leciona Debora Diniz, dois modelos principais demarcam a abordagem do tema da deficiência: o modelo biomédico e o modelo social. O primeiro modelo lança um olhar a partir das classificações médicas feitas em relação aos impedimentos que o organismo apresenta. Os sinais de deficiência, as lesões e as

¹⁸⁹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 698.

¹⁹⁰ Essa diálogo produtivo se deu mesmo em um ambiente em que muitas questões institucionais relativas às Nações Unidas eram (e ainda são) debatidas. Vale mencionar a observação de Amita Dhanda nesse sentido: “A emergência de um mundo unipolar resultou numa contestação da compreensão tradicional do direito internacional. Essa contestação incluiu a apresentação de indagações sobre a relevância do Sistema das Nações Unidas, que estava fundado na dinâmica de poder do mundo do pós-guerra. Sustentou-se que a ONU não está em harmonia com as esperanças e aspirações do hemisfério sul e funciona muito mais como uma ferramenta dos países do Primeiro Mundo. [...]Essas críticas, ao lado de outras, conduziram a alguns dos esforços de reforma estrutural nos quais se engajou a ONU. Entre essas reformas, estão a reformulação da constituição do Conselho de Segurança e seus membros permanentes e a tentativa de reestruturar e reformar os órgãos de implementação de tratados. É nesse contexto de ceticismo crescente, que os esforços reformistas não contiveram de forma alguma, que a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (CDPD). DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. p. 45.

¹⁹¹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Op. cit.* p. 699.

restrições são vistas como desvantagens naturais intrínsecas ao indivíduo. Tratam-se de impedimentos que devem ser sanados ou pelo menos atenuados, pois contrastam com o mundo não-patológico em que corpos funcionais atendem à lógica produtiva da estrutura econômica e à estrutura social e cultural da normalidade. A deficiência é vista, assim, apenas como um defeito biológico que causa prejuízos e restrições à vida social do indivíduo.¹⁹²

Esse modelo de abordagem voltado à ciência médica representou inicialmente um avanço em relação às narrativas religiosas que descreviam a deficiência.¹⁹³ Mais tarde, contudo, verificou-se que ele por si só era insuficiente, porquanto não há uma correlação absoluta e automática entre o impedimento corporal e os prejuízos sociais. Em outros termos, a deficiência *per se* não é um fator que necessariamente e exclusivamente gera situações de desvantagem e exclusão social.

A partir dessa premissa é que passou-se a pensar o segundo modelo. A abordagem social explicitou a impossibilidade de considerar somente impedimentos médicos, sendo imperioso também se ater ao ambiente no qual está inserido o indivíduo com deficiência.

Isso porque diversos elementos externos podem obstaculizar a participação das pessoas com deficiência na vida social, sejam eles materiais ou imateriais. Essas dificuldades que a pessoa com deficiência experimenta não são devidas apenas às restrições de seu organismo, mas também a uma sociedade não-inclusiva, pensada somente para aqueles que se incluem em uma “normalidade”. São justamente os próprios obstáculos sociais que, ao negligenciarem as pessoas com impedimentos, propiciam a vivência da desigualdade. Dentro dessa ótica, portanto, a deficiência não

¹⁹² DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

¹⁹³ Essa ideia é trabalhada por Michel Foucault ao estudar o discurso científico que a medicina adquiriu após as patologias e impedimentos corporais se desprenderem de motivações metafísicas. Esse novo viés trouxe mudanças no funcionamento e na visão da normalidade neste ramo do conhecimento. Nas palavras de Foucault, “A medicina do século XIX regula-se mais, em compensação, pela normalidade do que pela saúde; é em relação a um tipo de funcionamento ou de estrutura orgânica que ela forma seus conceitos e prescreve suas intervenções[...]. A medicina não deve mais ser apenas o *corpus* de técnicas da cura e do saber que elas requerem; envolverá, também, um conhecimento do *homem saudável*, isto é, ao mesmo tempo uma experiência do *homem não doente* e uma definição do *homem modelo*. Na gestão da existência humana, toma uma postura normativa que não a autoriza apenas a distribuir conselhos de vida equilibrada, mas a reger as relações físicas e morais do indivíduo e da sociedade em que vive. Situa-se nesta zona fronteira, mas soberana para o homem moderno, em que uma felicidade orgânica, tranquila, sem paixão e vigorosa, se comunica de pleno direito com a ordem de uma nação, o vigor de seus exércitos, a fecundidade de seu povo e a marcha paciente de seu trabalho. FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 39.

é somente um fator médico de desvantagem, mas é vista como uma expressão neutra da diversidade humana, que ganha um sentido especial quando se insere no contexto social.¹⁹⁴

Na vanguarda de todas as normativas existentes no plano global até então, a Convenção de Nova Iorque adiciona as contribuições do modelo social às típicas conceituações biomédicas, criando um conceito bipartido que soma uma “matriz biomédica, que cataloga os impedimentos corporais, e uma matriz de direitos humanos, que denuncia a opressão”¹⁹⁵ ao corpo deficiente. Esse conceito agrega as orientações da Organização Mundial da Saúde, que distingue a ideia de deficiência, incapacidade e desvantagem, definindo a primeira pela presença de transtornos orgânicos nas estruturas corporais, a segunda como um reflexo da deficiência no desempenho funcional de atividades cotidianas e a terceira como o modo de adaptação do indivíduo em face da deficiência e da incapacidade.¹⁹⁶

Igualmente, essa nova conceituação possibilita que a deficiência não seja vista apenas como uma questão que se circunscreve ao âmbito privado dos lares e instituições de asilo. Consoante o ensinamento de Martha Nussbaum,

Como es sabido, en la mayoría de las sociedades modernas se consideraba hasta hace poco que estas personas simplemente no formaban parte de la sociedad. Eran exduidas y estigmatizadas; ningún movimiento político las representaba. Las personas con graves deficiencias mentales, en particular, no recibían ningún tipo de educación. Eran escondidas en instituciones o abandonadas a la muerte por falta de asistencia; nunca fueron consideradas parte de la esfera pública.¹⁹⁷

Ao reconhecer que limitações sociais e institucionais também interferem no agravamento dos impedimentos corporais, o tema da deficiência é colocado dentro da esfera pública, tornando-se mais visíveis as reivindicações dessa parcela da população. Daí que não é suficiente apenas a reabilitação das patologias do indivíduo, mas também a reparação da sociedade, que deve ser repensada e arquitetada para integrar as expressões da diversidade humana. Nas palavras de Ricardo Tadeu

¹⁹⁴ DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

¹⁹⁵ Idem, ibidem. p. 65.

¹⁹⁶ FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência produto do diálogo com o direito internacional e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 1, jan./jun. 2014. p.49.

¹⁹⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión**. Barcelona: Paidós, 2006. p. 35.

Marques da Fonseca, “deficiente, portanto, será a sociedade quanto maiores forem as barreiras que se impõe aos cidadãos com os impedimentos de que se cuidam.”¹⁹⁸

Cabe frisar que a despeito de toda a inovação trazida pela CDPD, ela não foi o primeiro documento internacional a utilizar-se de um conceito político de deficiência. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos o conceito inspirado na abordagem social foi plasmado na Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada na Guatemala em 7 de junho de 1999, e ratificada pelo Brasil em 2001.

Na conceituação dessa Convenção a deficiência representa “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.” Ainda que guarde diferenças com o texto da ONU, esse conceito é pioneiro em se aproximar dos elementos políticos que agravam a deficiência. Vale dizer, essa Convenção foi objeto da primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana, o que transparece a importância e a inovação dessa normativa na proteção e no delineamento das questões que envolvem a deficiência.¹⁹⁹

Apesar desse pioneirismo em trazer elementos sociais à conceituação, a Convenção da Guatemala, consoante ressalta Marques da Fonseca, ainda “não o fez com a veemência necessária”.²⁰⁰ Por certo o documento interamericano reforça o rol de instrumentos normativos que garantem direitos, todavia, ao se focar a irradiação de efeitos e o maior nível de detalhamento conceitual, a Convenção da ONU mais uma vez se destaca pelo diferencial de ter gerado uma discussão amplificada, envolvendo um número maior de países e entidades. Na visão de Christian Courtis,

[...] aun reconociendo el carácter pionero de la Convención Interamericana, su contenido es claramente superado por la recientemente adoptada Convención. [...] La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es mucho más rica, detallada y abarcadora, e identifica con mayor claridad derechos de las personas con discapacidad y obligaciones del Estado. Cuenta además, a partir del Protocolo Adicional, de um

¹⁹⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 705.

¹⁹⁹ Como relata Juliana Luciani da Silva, a condenação em questão advém do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos In: IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010. v. IV.

²⁰⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Op. cit.* p. 703.

mecanismo de justiciabilidad internacional del que carece la Convención Interamericana. A tenor del principio *pro homine* habrá de estarse, entonces, em caso de ratificación conjunta de ambos instrumentos por el mismo Estado, por la aplicación de la Convención internacional, salvo prueba de mejor protección de la regional para alguna hipótesis concreta.²⁰¹

O dispositivo mais discutido da CDPD foi justamente o artigo 1º, que demandou muita negociação e uma busca por termos adequados e unânimes²⁰². A especificação do que seriam as barreiras sociais, por exemplo, acabou ficando fora do conceito principal, mas foi esboçada em um rol não-taxativo no preâmbulo da Convenção. Além de limitações ambientais, ligadas à acessibilidade de meios físicos, também se reconheceu neste rol restrições ligadas à atitudes institucionais, econômicas e culturais. A título de exemplo, seria possível pensar em barreiras que decorrem do próprio ordenamento jurídico, como o regime das incapacidades no âmbito do Direito Civil.²⁰³

Afora a novidade ocasionada pela conceituação, outra mudança bastante significativa se deu também com a nomenclatura utilizada para designar a deficiência. Anteriormente a própria ONU já havia empregado o termo “pessoa deficiente” na Declaração de 1975. Expressões como “pessoa portadora de deficiência” e “pessoa portadora de necessidades especiais” igualmente eram recorrentes em diversos textos legislativos.

A adoção da terminologia “pessoa com deficiência” foi escolhida por designar essa característica humana de forma mais equânime e menos pejorativa, levando em conta que as deficiências não são algo que se carrega ou se porta, “como se vírus fossem”.²⁰⁴ Ao mesmo tempo, evita-se atenuações vagas e particulariza-se esse grupo de indivíduos, na medida em que a noção de “necessidades especiais” poderia

²⁰¹ COURTIS, Christian. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante um nuevo paradigma de protección? In: MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea. **Memoria del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: por una cultura de la implementación**. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2007. p. 84. Disponível em: <biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2468>. Acesso em: 03 Nov. 2015

²⁰² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 703.

²⁰³ BEZERRA DE MENEZES, Joyceanne. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: **Civilística, Revista eletrônica de direito civil**. ano 4, n. 1, 2015. p. 3-4. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 24 Out. 2015.

²⁰⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Op. cit.* p. 703.

ser atribuída a um grande número de indivíduos que possuem também necessidades especiais mas que não fazem parte desse segmento, como idosos e gestantes.²⁰⁵

Cabe enfatizar outras duas disposições bastante significativas contidas no texto da Convenção. Primeiramente, atenta-se para o artigo 3º, que lista os princípios gerais que guiam o diploma. Em síntese, eles se consubstanciam no respeito pela dignidade, autonomia individual e independência das pessoas; na não-discriminação; na participação social inclusiva; no respeito pela diversidade; na igualdade de oportunidades; na acessibilidade; na igualdade entre homens e mulheres e na especial atenção e respeito aos direitos das crianças com deficiência.

A ideia de autonomia visa conferir às pessoas com deficiência um maior protagonismo na tomada de suas decisões. Com esse princípio, buscou-se reformular e atenuar os efeitos e regimes de diversas leis que desqualificavam por completo os interesses dos indivíduos com deficiência, dificultando “que tomem decisões próprias em questões de tratamento, casamento ou residência, bem como administrem seus negócios mediante uma negação geral da capacidade contratual.”²⁰⁶ A nova lógica obviamente não negligencia que algumas deficiências de fato ensejam a atuação decisória de terceiros, mas propugna uma valorização da capacidade e da autonomia sempre que for possível, devendo existir uma intervenção mínima, que tenda ao apoio e não à substituição absoluta da vontade.²⁰⁷

No que diz respeito à noção de participação, o empenho é orientado para que as pessoas com deficiências tenham voz e sejam ouvidas nas questões que dirão respeito a seus interesses, em especial nas leis e políticas públicas perpetradas pelos Estados. Esse reconhecimento sobre a participação demarca a passagem da mera assistência para o efetivo exercício de direitos, em especial os civis e políticos. Conforme detalha Amita Dhanda,

O direito à participação política é um reconhecimento de que a vida das pessoas com deficiências não pode ser organizada pelos que não têm deficiências e que há uma dimensão de deficiência em todas as leis e

²⁰⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença. et al. (Coord.). **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. I, p. 19-31.

²⁰⁶ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. p. 47.

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 48.

políticas; desse modo, essas leis e políticas não devem ser decididas sem a participação plena das pessoas com deficiências.²⁰⁸

Tal revalorização dos direitos políticos transparece no lema que imperou nos trabalhos de elaboração da Convenção: *nothing about us without us*. Ao lado de várias normas que enfatizavam direitos de viés econômico e social como meios de contrabalancear as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com impedimentos (tais como as relativas à educação especial, assistência médica, apoio e reabilitação) o realce aos direitos civis e à inclusão política vem apenas reforçar a indivisibilidade e interdependência que essas “categorias” devem ter. Na lição de Dhanda, a CDPD tem o grande mérito de enunciar de forma muito nítida verdadeiros “direitos híbridos”, ou seja, direitos que explicitam a união que deve imperar entre as categorias civis e políticas e as econômicas, sociais e culturais. Basta perceber, para tanto, que “ao reconhecer o direito de manifestação e expressão para essas pessoas, é preciso tomar medidas para haver modos de comunicação alternativos e aumentativos”.²⁰⁹

Esse raciocínio aditivo também se mostra no tange às vulnerabilidades enunciadas no artigo 3º. Tanto o princípio que destaca o gênero quanto o que destaca o cuidado especial com a infância demonstram a preocupação da Convenção com a questão da soma de fragilidades. Consoante dispõe Marques da Fonseca, a infância e o gênero *per se* “sempre foram fatores de vulnerabilidade, os quais acrescidos à condição social, ou independentemente desta, agravam posição sociopolítica das pessoas com deficiência, a evidenciar a transversalidade que qualifica a questão.”²¹⁰ Tem-se aqui, portanto, outro aperfeiçoamento inaugurado pelo diploma internacional, que incorpora dispositivos específicos para lidar com essas duplas desvantagens e duplas discriminações que acometem, principalmente, as crianças e mulheres com deficiência.

Sem esgotar toda a principiologia, vale pormenorizar, por fim, alguns pontos explícitos no artigo 4º. Esta cláusula é subdividida em 5 itens, onde constam as

²⁰⁸ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. p. 46.

²⁰⁹ *Ibidem*. p. 49.

²¹⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 707.

obrigações direcionadas aos Estados que aderem à Convenção. Destaca-se aqui o conteúdo de dois deles: o segundo e o quarto.²¹¹

O item 2 traz uma menção específica às obrigações que se referem à direitos econômicos sociais e culturais das pessoas com deficiência. Trata-se de uma norma que remete ao Pacto de 1966 e reafirma a realização desses direitos tanto quanto permitirem os recursos disponíveis. Essa menção não foi feita ao acaso, mas a partir da constatação de que a deficiência ainda é muito atrelada às carências econômicas. Conforme observa Roberto Caldas,

A relevância de falar-se em direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de maneira tão específica, está no reconhecimento de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza ou de necessidade de Direitos Sociais, bem como do fato de que a vulnerabilidade social tem impactos especialmente negativos na vida dessas pessoas, devido às barreiras existentes e à desigualdade de oportunidades seja para a educação, o trabalho, a saúde, o que fica claro desde o preâmbulo da Convenção.²¹²

Flávia Piovesan, no mesmo sentido, atenta para o fato de que a deficiência e a pobreza são realidades que se inter-relacionam. Nas suas palavras:

As pessoas mais pobres têm uma chance significativa de adquirir uma deficiência ao longo de suas vidas, sendo que a deficiência pode resultar em pobreza, considerando que as pessoas com deficiência sofrem discriminação e marginalização. A deficiência é associada com analfabetismo, nutrição precária, falta de acesso à água potável, baixo grau de imunidade, doenças e condições de trabalho perigosas e insalubres.²¹³

A ligação dessas duas realidades, ao ser enunciada neste segundo item, por certo impõe uma atenção especial dos Estados para as medidas promocionais nessa seara.

²¹¹ O primeiro item traz deveres positivos e negativos que os Estados devem observar, ou seja, tanto condutas de promoção/adequação como condutas de abstenção/paralisação a serem cumpridas. Nas palavras de Roberto Caldas, encontram-se nesse item inicial as obrigações primárias, quais sejam: obrigações de respeitar, garantir e promover direitos. No terceiro item há novamente um reforço da necessidade de participação inclusiva, com o consequente ditame de revisão dos procedimentos internos de tomada de decisões ligadas à questão da deficiência. O quinto item afirma que as disposições convencionais aplicam-se à todas as unidades constitutivas dos Estados federativos, devendo haver uma atuação conjunta de todos os entes públicos. CALDAS, Roberto de Figueiredo. Artigo 4: Obrigações gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 46-51. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>.

Acesso em: nov. 2015.

²¹² *Idem*.

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 283.

No item 4, vislumbra-se também um dever de extrema importância: o de não-retrocesso. A Convenção não tem, em hipótese alguma, a intenção de obstar ou limitar a aplicação de normas mais benéficas ou precisas que possam estar contidas nas legislações internas. Da mesma forma, não busca exaurir em seu texto todas as normas e garantias que regem a temática.²¹⁴

Logo, identifica-se nesta disposição uma verdadeira cláusula de diálogo, que justamente estipula que é a norma mais favorável que deve ser tida como critério orientador da aplicação da Convenção, independentemente de sua fonte ser a legislação interna. Este item, portanto, consubstancia “um importante princípio de interpretação das normas sobre direitos humanos: o princípio *pro personae*.”²¹⁵ Na lição de André de Carvalho Ramos,

É o próprio Direito Internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma *interna*, desde que mais favorável ao indivíduo. De fato, essa cláusula de “primazia da norma mais favorável” é assaz comum em tratados de Direitos Humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado.²¹⁶

Esse quarto item, portanto, constrói uma ponte de interação entre a ordem internacional e a ordem interna. Daí sua essencialidade na análise e interpretação de quaisquer medidas que venham a ser adotadas no âmbito nacional.

²¹⁴ Art.4º (4): Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau. BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/_d6949.htm>. Acesso em: 29 Set. 2015.

²¹⁵ CALDAS, Roberto de Figueiredo. Artigo 4: Obrigações gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 51. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

²¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 Out. 2015.

A partir do artigo 5º adentra-se de fato na especificação de direitos, que se estende até o 30º artigo.²¹⁷ Para além deste rol, vale destacar o estabelecimento de mecanismos de supervisão e controle da Convenção, bem como a aprovação do Protocolo Facultativo, que especifica outros instrumentos fiscalizatórios aplicáveis ao tratado.

Pelas disposições constantes nos artigos 34º ao 39º, o Estado submete-se ao controle periódico do Comitê da ONU para os Direitos das Pessoas com Deficiência, órgão criado pela Convenção e formado por diversos especialistas indicados pelos Estados. O Comitê monitora através do sistema de relatórios periódicos as ações empreendidas pelos Estados para efetivar os dispositivos convencionais. O princípio que guia a atuação do órgão é o da cooperação internacional, havendo discussões, comentários e sugestões às medidas implementadas. Há ainda a possibilidade de entidades da sociedade civil enviarem *shadow reports*, com o fito de apresentar ao Comitê uma visão alternativa àquela apresentada nos relatórios oficiais, não raro carentes de neutralidade.²¹⁸

Por sua vez, através do Protocolo Facultativo, há uma ampliação dos poderes conferidos ao Comitê da ONU. Ao submeter-se à tal protocolo, o Estado permite que o órgão receba petições de indivíduos ou de grupos submetidos à sua jurisdição e vitimados por alguma violação à Convenção. Atendidos os requisitos (a exigência de esgotamento dos recursos internos, por exemplo) o Comitê analisa a comunicação e envia recomendações ao Estado.

Apesar de ampliar as possibilidades de fiscalização, tal dispositivo, consoante leciona André de Carvalho Ramos, decepiona por seu caráter de mera recomendação ou sugestão. A existência de expressa autorização do Estado para que as vítimas acessem o Comitê deveria, no mínimo, ter um viés vinculante, de modo a

²¹⁷ Para um detalhamento dos principais direitos ver: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 707-712.

²¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 32.

dar, de fato, voz às vítimas, compelindo o Estado a agir com coerência em face das obrigações que assumiu.²¹⁹

Resumidamente, é lícito dizer que a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência acarretou uma revolução no trato jurídico dessa temática. Ao acolher um conceito que sintetiza dois modelos de abordagem da deficiência, esse diploma reconhece que “a vida digna não se resume mais a oferta de bens e serviços médicos, mas exige também a eliminação de barreiras e a garantia de um ambiente social acessível aos corpos com impedimentos”.²²⁰ Com isso, a deficiência afirma-se não apenas como um assunto médico, mas como uma matéria intimamente atrelada aos direitos humanos, e agora corporificada em um instrumento internacional que possui força vinculante para influenciar as políticas públicas e legislações de dezenas de países no mundo.²²¹

Afirma-se também a igualdade e, simultaneamente, a diferença. Ao mesmo tempo em que as pessoas com deficiência merecem o mesmo respeito e salvaguarda de direitos universalmente assegurados, também demandam um reconhecimento de suas diferenças, o qual enseja um tratamento especial justamente para não fazer com que as diferenças sejam varridas para debaixo de uma igualdade meramente formal. Pontua-se, assim, que a igualdade buscada pela Convenção é uma igualdade real, reivindicada mormente a partir de uma série de diferenças que inferiorizam as pessoas com deficiência (diferenças de gênero, de idade, de nível econômico, de etnia – para além do impedimento corporal).²²²

Cabe ressaltar que a atenção diferenciada não tem o intuito de “tratar de forma paternal a matéria ou tampouco de superprivilegiar as pessoas com deficiência”,²²³ mas sim abrir caminhos para a inclusão no espaço público, fazendo-o mais plural e

²¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 33-34.

²²⁰ DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009. p. 74.

²²¹ Segundo dados do Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, atualmente 159 países ratificaram a Convenção. Outros 27 países são signatários e 12 países permanecem inertes. UNITED NATIONS [UN]. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>. Acesso em 09 nov. 2015.

²²² Não se esmiuçar aqui todo o debate que ronda os significados da igualdade. Frisa-se apenas a premissa aqui utilizada, enunciada por Boaventura de Souza Santos: “[...] as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 462.

²²³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Op. cit.* p. 702.

mais forte na proteção de direitos essenciais. Conforme entoa Herrera Flores, o léxico dos direitos não descreve a realidade, mas prescreve-a normativamente e, dentro desse universo, “a igualdade não é um fato já dado de antemão. É algo que se tem de construir, utilizando para isso todo tipo de intervenções sociais e públicas.”²²⁴

Até aqui buscou-se traçar linhas gerais da racionalidade que permeia a CDPD. Mesmo longe de exaurir todas as questões que esse diploma traz consigo, é possível firmar que seu texto trouxe uma renovação necessária e bastante positiva para a temática da deficiência, inspirando também um reexame do direito internacional dos direitos humanos como um todo, ao oferecer exemplos para outras Convenções que possam ser futuramente elaboradas.

Sua implementação depende agora da mobilização engendrada no âmbito interno, razão pela qual impõe-se analisar como a normativa incorporou-se no ordenamento pátrio e se tal movimento foi condizente com a lógica que permeia a Convenção. Tal análise será feita especificamente em relação aos reflexos que a CDPD produziu na Lei Orgânica da Assistência Social, recorte escolhido para o presente trabalho.

4.2 A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO NO BRASIL E OS REFLEXOS NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)

Para além do conteúdo inovador, alinhado à perspectiva dos direitos humanos e a um *approach* de vanguarda em matéria de deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência também protagonizou uma novidade ao ser internalizada no ordenamento jurídico brasileiro: é o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado pelo rito especial previsto no §3º do art. 5º da Constituição, introduzido após o advento da EC nº.45/2004. Com efeito, trata-se de um conjunto normativo dotado de status constitucional, seja por sua substância, seja por sua forma.

Como já mencionado, a Convenção e seu Protocolo Facultativo foram aprovados pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2006, em Nova Iorque, passando a vigorar a partir de 03 de maio de 2008 após a vigésima ratificação. O

²²⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis; Garopaba: Fundação Boiteux: IDHID, 2009. p. 44.

Brasil havia assinado o documento em 30 de março de 2007 e sua aprovação pelo Senado ocorreu mediante o Decreto Legislativo nº. 186 de 09 de julho de 2008. O depósito do instrumento de ratificação no Secretariado Geral das Nações Unidas deu-se em 01 de agosto de 2008, momento a partir do qual o tratado passou a ser válido perante a esfera internacional, nos termos do que prevê o art. 102 da Carta da ONU.²²⁵

O modo de promulgação do Decreto Legislativo nº. 186/2008 observou o quórum de três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, o que equivale ao rito de aprovação das emendas constitucionais. Vale notar que não houve, neste caso, a apresentação de um projeto de emenda constitucional nos termos previstos no art. 60 da Constituição. Ao revés, o Congresso Nacional apenas editou o Decreto utilizando-se para sua aprovação da maioria qualificada exigida no procedimento das emendas constitucionais.²²⁶

Essa promulgação diferenciada pelo Congresso, todavia, ainda não trouxe a validade da Convenção no plano interno. O atual entendimento do STF sobre a matéria advoga a necessidade de edição de um Decreto Presidencial como arremate do processo de internalização, como forma de inovar a ordem jurídica interna.²²⁷

²²⁵ Artigo 102. 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1 deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas. BRASIL, [Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945](#). Promulga a Carta das Nações Unidas. **Coleção de Leis do Brasil de 1945**, 22 de outubro de 1945. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 31 Out. 2015.

²²⁶ Conforme observa Ingo Sarlet, isso mostra-se como um indício de que a adoção de tal *iter* procedimental pode ser feita de ofício pelo Congresso. Ainda que isso não impeça que outros legitimados apresentem um projeto de emenda constitucional, há que se ter em conta que o §3º não faz qualquer exigência quanto à “utilização de determinada figura do processo legislativo.” Trata-se aqui de mais um sinal do caráter cogente do rito qualificado, e da exegese mais benéfica que deve se dar à este parágrafo, a despeito da redação dúbia que o texto do aludido parágrafo faz transparecer.

²²⁷ Conforme salienta Flávia Piovesan, “[...]a expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um ‘momento culminante’ no processo de incorporação dos tratados, sendo uma ‘manifestação essencial e insuprimível’, por assegurar a promulgação do tratado internamente, garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao texto do tratado ratificado, que passa, somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.” Ilustrando tal posicionamento, a autora cita as decisões proferidas na ADI nº. 1.480/DF e no Ag. Reg. em Carta Rogatória nº. 8.279-4, ambos com relatoria do Min. Celso de Mello. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

Ainda que tal posicionamento possa suscitar questionamentos²²⁸, no caso da CDPD foi o que prevaleceu.²²⁹ Houve a promulgação do Decreto Presidencial nº. 6.949 em 25 de agosto de 2009 e, a partir desse momento, é que imputa-se, consoante a posição do STF e de parte da doutrina, a efetiva inovação legislativa no âmbito interno e a cristalização do status equivalente à emenda constitucional, decorrendo daí diversas consequências jurídicas no ordenamento pátrio.

Destarte, com sua ratificação e internalização a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passa a ser parte do bloco de constitucionalidade brasileiro. Isso importa diversas obrigações ao Brasil, mas sobretudo, traz novas possibilidades aos reais destinatários dessas normas, ou seja, os cidadãos. Vale insistir, nesse sentido, que o intuito internacional é utilizar o tratado como forma de “obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e a garantir a eles direitos fundamentais”²³⁰ o que é propiciado justamente através desse fortalecimento e oxigenação da Constituição pátria.

Para visualizar como esse intuito se deu em relação à CDPD é preciso verificar que tipos de impacto tal normativa gerou e quais as modificações que ocorreram internamente. É o que se buscará a partir deste ponto.

Conforme leciona Flávia Piovesan, falar do impacto de um tratado de direitos humanos (leia-se, um conjunto normativo de estatura constitucional) pode ensejar, basicamente, três situações: uma coincidência entre os direitos assegurados no tratado e na Constituição; uma complementação ou ampliação de preceitos já existentes; e, por fim, uma colisão ou contrariedade em face do direito interno.

²²⁸ Conforme sustenta Flávia Piovesan, os tratados de direitos humanos dispensariam a edição deste Decreto Presidencial, sendo tal solenidade atribuível somente aos tratados comuns. Tal conclusão atenta para o comando contido no art. 5º, § 1º da Constituição, no sentido de conferir aplicabilidade imediata às normas que albergam direitos e garantias fundamentais. Para a autora, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem imediatamente “irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução”, dado que já perpassaram uma série de exigências formais para a aprovação – em especial os tratados incorporados pelo quórum do §3º. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.146.

²²⁹ Tratando especificamente da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Luiz Flávio Gomes e Mazzuoli também atentam para a necessidade – segundo o entendimento do STF - do decreto presidencial para a efetiva incorporação do tratado. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos das pessoas com deficiência: a Convenção ainda não vale como Emenda Constitucional**. Disponível em: <lfq.jusbrasil.com.br/.../direitos-das-pessoas-com-deficiencia-a-convencao>. Acesso em 05 Out. 2015.

²³⁰ Virginia Leary, citada por Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.

A primeira delas explica-se pelo fato de “o Direito interno brasileiro, e em particular a Constituição de 1988, conter inúmeros dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos.”²³¹ A segunda situação é ilustrada quando novos direitos são integrados ao ordenamento interno ou quando são preenchidas lacunas existentes na normativa pátria, havendo, em ambos os casos, uma ampliação do núcleo mínimo de direitos e do parâmetro de controle de normas. A terceira modalidade de impacto, por sua vez, gera uma situação mais delicada, mas passível de solução pelo critério da prevalência da norma mais favorável, que será aplicável ao se buscar uma coordenação entre as distintas fontes normativas. Nas palavras da autora, “na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima”, tarefa que caberá aos aplicadores do Direito no âmbito nacional.²³²

Fazendo um paralelo com a ideia de diálogo de fontes, proposta teórica enunciada por Valerio Mazzuoli, pode-se dizer que a primeira e a segunda situações designam diálogos horizontais, ou seja, interações harmoniosas entre as normas internas (especialmente as constitucionais) e as normas provenientes do tratado internacional. Mais especificamente, quando há uma repetição de preceitos ter-se-ia um “diálogo horizontal de complementariedade”, que acabaria por reforçar a coincidência de propósitos de ambas as ordens. Por sua vez, quando ocorresse o preenchimento de lacunas ou um aperfeiçoamento de preceitos, ter-se-ia um “diálogo de integração”.

A terceira situação, por outro lado, designaria um diálogo vertical, marcado por uma disputa normativa. Nessa seara, falar-se-ia em um “diálogo de inserção”, quando houvesse a previsão de direitos em uma ordem e a inexistência em outra, ou falar-se-ia em um “diálogo de transigência”, quando um ordenamento garante e outro veda um mesmo preceito. Na mesma linha de Flávia Piovesan, o autor também advoga que o caminho a ser seguido para que tais diálogos não se tornem conflitos insolúveis é a observância da norma mais favorável.²³³

²³¹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 150

²³² PIOVESAN, Flávia. *Ibidem.* p. 157.

²³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172-173.

Tendo por base tais diretrizes teóricas é possível identificar distintos impactos no caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O principal deles, verificável em um primeiro momento, é o impacto de complementação.

Conforme já afirmou-se, a maior renovação da CDPD foi também a mais basilar: seu conceito renovado de deficiência. Ao aderir a tal normativa, o Brasil abraça essa conceituação e toda a racionalidade que a envolve, passando a “dispor de uma definição constitucional de pessoa com deficiência.”²³⁴

Na história constitucional pátria a existência de previsões específicas para as pessoas com deficiência observou-se pela primeira vez com a edição da EC nº.12/78, que estabeleceu os direitos principais dessa parcela da população. Contudo, como salienta Flávia Piovesan, a amplitude e efetividade dessas normas ainda era muito restrita devido à supressão de direitos e garantias individuais ocasionada pela ditadura militar. Somente a partir de 1988 é que houve avanços, já que o próprio processo de elaboração da Constituição permitiu uma maior participação, debate e ampliação de direitos, revelando um “perfil eminentemente social”.²³⁵

No texto da Carta Magna verificam-se atualmente dez dispositivos que referem-se à questão da deficiência.²³⁶ Não há, contudo, nenhuma especificação do que se entende por deficiência, havendo somente referências à normas infraconstitucionais que devem esmiuçar e regular os direitos ali plasmados. Assim, em vários casos a conceituação é vislumbrada em Decretos regulamentares, como o Decreto nº. 914/93, que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e no Decreto 3.298/1999, que o sucedeu.

Ao questionar-se o porquê desse silêncio constitucional, Fernandes e Moreira observam que uma justificativa possível seria “o fato da inserção desse conceito em Decretos regulamentares revelar a sua natureza de pressuposto teórico de políticas públicas, cabendo, portanto, ao Executivo e não ao Legislativo a sua elaboração.”²³⁷

²³⁴ FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência produto do diálogo com o direito internacional e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 1, jan./jun. 2014. p. 53.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 355.

²³⁶ São eles: art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VII; art. 40, §4º, I; art. 201, §1; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §1º, II, e §2º; e art. 244.

²³⁷ FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência produto do diálogo com o direito internacional e suas implicações no

De fato, o conceito que se tiver a respeito da deficiência irá orientar diversas políticas públicas, bem como demarcará a forma de aplicação de diversas normas legais.

Dai a importância desse primeiro grande impacto da aprovação da CDPD. Há agora uma concepção constitucional do que seja a deficiência, concepção esta alinhada à parâmetros internacionais e à uma perspectiva de direitos humanos. Sobretudo, esse conceito renovado é fruto de uma interação do ordenamento interno com a ordem internacional,²³⁸ ou, em outros termos, é resultante de um diálogo horizontal de integração, na medida em que é preenchido uma lacuna que outrora existia na seara constitucional.

Essa complementação, por sua vez, acaba por ensejar um segundo impacto: o confronto com disposições infraconstitucionais que não se compatibilizam com a conceituação trazida pela Convenção de Nova Iorque. Logo, para além da integração inicial que a Convenção ilustra, ainda há um longo caminho a ser percorrido para adequar as normas pátrias aos contornos do novo modelo de abordagem da deficiência.²³⁹ Vários exemplos de conceituações e práticas desconformes poderiam ser mencionados.²⁴⁰ Dadas as limitações do presente trabalho se ocupará daqui em diante de pormenorizar os reflexos que a CDPD trouxe em uma norma específica, enunciada no art. 203, V, da Constituição e regulada na Lei nº. 8.742/1993.

Este dispositivo constitucional insere-se no capítulo da Carta Magna que trata da Ordem Social. Mais especificamente, inaugura a seção que trata da Assistência

ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 1, jan./jun. 2014. p. 47.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Consoante leciona Luiz Alberto David Araújo: [...] toda e qualquer norma anterior à Convenção que não se alinhar com os valores lá constantes foi revogada implicitamente. Quer dizer, a Convenção, após a sua ratificação, produz efeitos imediatos, revogando a legislação ordinária contrária a ela. Se de um lado, produz tal efeito, por força de sua hierarquia, efeito revocatório, trata também de disciplinar a normatividade futura e a Administração Pública, de maneira que o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, recebam esses valores trazidos pela Convenção, sob a forma de princípios, e apliquem em sua atividade regular. ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: princípios gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 42. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

²⁴⁰ A título de exemplo, Moreira e Fernandes citam as reflexões que deverão ser feitas em relação ao regime das capacidades no Código Civil e à questão do direito à sexualidade. FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. *Op. cit.* Bezerra de Menezes atenta especificamente para as diversas mudanças trazidas no instituto da curatela. BEZERRA DE MENEZES, Joyceanne. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: **Civillistica, Revista eletrônica de direito civil**. ano 4, n. 1, 2015. p. 1-27. Disponível em: <<http://civillistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 24 Out. 2015.

Social, um dos pilares que junto com a Previdência e a Saúde compõe a Seguridade Social²⁴¹ no Brasil. Seu inciso V coloca como um dos objetivos da assistência social a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação dessa norma foi estabelecida após cinco anos da promulgação da Constituição através da aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social, (Lei nº. 8.742 de 07 de dezembro de 1993), também conhecida por sua abreviação – LOAS. Em seu 20º artigo a lei deu os contornos à norma constitucional e daí nasceu o benefício de prestação continuada, garantido à idosos e a pessoas com deficiência que não podem manter sua própria subsistência ou tê-la mantida por terceiros. Tal benefício independe da filiação e da contribuição à Previdência. Exige-se somente a comprovação da qualidade de idoso ou deficiente (o que se faz por meio documental e pericial, respectivamente), bem como o atendimento do critério econômico, consistente em ter renda familiar *per capita* que não ultrapasse o valor de 1/4 do salário mínimo.²⁴² Ainda, consoante pormenorizam Folmann e Soares, o benefício tem caráter transitório:

O benefício será revisto a cada 2 anos, não gera direito ao 13 salário, e será cancelado nas seguintes hipóteses: morte do beneficiário; quando cessar a incapacidade; a renda familiar per capita ultrapassar o limite legal; cumulatividade com o outro benefício, salvo o de assistência médica. No caso de óbito do beneficiário, como se trata de benefício assistencial com caráter personalíssimo, não há direito de pensão por morte aos dependentes.²⁴³

Logo, as pessoas com deficiência que não possuem recursos para sua própria subsistência, de acordo com o parâmetro econômico estipulado na lei, são eleitas pelo

²⁴¹ Apesar de inexistir um conteúdo preciso do que seja a assistência social, nas palavras de Folmann e Soares, pode-se resumir que “[...] a assistência social representa a atuação estatal no sentido de fornecer ao cidadão, independentemente de contribuição direta aos cofres públicos, serviços e valores propiciadores da igualdade, mais precisamente no sentido de dignidade humana. Logo, a assistência não repercute exclusivamente no fornecimento pelo Estado de determinado valor pecuniário, mas na concessão de valores que permitem o acesso mínimo, ou pelo menos serviços que garantem o mínimo ao ser social. Por mínimo entenda-se o atendimento às necessidades vitais básicas que nos termos da CF/88, art. 7º, IV, representa: ‘moradia, alimentação, educação, saúde, higiene, lazer, vestuário, transporte e previdência social’.” FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. O benefício de assistência social previsto na CF/88, artigo 203, V, à luz da Lei nº. 12.435/2011. **Revista Magister de Direito Previdenciário**, n. 4, ago./set. 2011. p. 76.

²⁴² A previsão deste parâmetro consta no art. 20, §3º da Lei nº. 8.742/93. Esse dispositivo foi objeto da Reclamação n. 4374 no STF. Em 18 de abril de 2013 o Supremo declarou sua inconstitucionalidade incidental sem determinar, no entanto, a nulidade da norma. Com isso, abriu-se a possibilidade de relativizar o valor constante em tal critério, através de outros fatores a serem levados em conta no caso concreto.

²⁴³ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Op. cit.* p.79.

texto constitucional como destinatárias do direito à este benefício. Trata-se de um verdadeiro direito social, afirmado a partir do art. 6º da Constituição Federal, que assegura a “assistência aos desamparados”, e atrelado aos objetivos fundamentais da República, de construção de uma sociedade justa, solidária e voltada à redução de desigualdades sociais. Sendo direito social é, portanto, uma dimensão dos direitos fundamentais do homem²⁴⁴, acionável e passível de reinvidicação como verdadeiro direito, e não como mera caridade ou generosidade estatal.²⁴⁵

Trata-se também de um dispositivo que coincide com o art. 28 da CDPD, que prevê o direito a um padrão de vida e a proteção social adequados. Ao dispor nesse artigo que os Estados devem “assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza” a Convenção vai ao encontro do direito albergado desde 1988 no art. 203, V da Constituição Federal. Cláudio Drewes José de Siqueira, ao comentar o dispositivo convencional que traz o direito à proteção social, atenta para este paralelo. Nas suas palavras:

Como que um arrimo para outros direitos, a proteção social é garantia de que aquele piso mínimo onde se alicerçarão todos os outros direitos será observado, para que atinja o fim que a Convenção pretende ver alcançado: resgate da condição de cidadão da pessoa com deficiência, participante em todos os aspectos da sociedade. E à medida que as necessidades de nível mais básico ou aquelas tidas como fisiológicas forem atendidas, vai se partindo para o atendimento daquelas de nível acima faltantes, sejam as de segurança, sejam as sociais, visando conferir cada vez mais autonomia na condução de sua vida social, econômica e cultural – embora esta ainda calçada com algum meio que não permita a queda na qualidade de vida, como acima exemplificado. Já, em nosso País, principiando essa proteção social, a Constituição Federal em seu art. 203, inciso V, prevê a garantia de salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, benefício este disposto no art. 20 da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social).²⁴⁶

²⁴⁴ Conforme leciona José Afonso da Silva, os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...] São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.” SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 289.

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LexMagister, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 108-109. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28316>>. Acesso em 03 nov. 2015.

²⁴⁶ SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. Artigo 28: Padrão de vida e proteção social adequados. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR,

Há, assim, uma coincidência e um reforço de objetivos. Daí se extrai a importância de uma conceituação adequada de deficiência, na medida em que este é um requisitos que determina a titularidade do direito ao benefício, garantindo a proteção social.

Ante a inexistência de um conceito constitucional de deficiência, a Lei Orgânica da Assistência Social estabelecia originalmente em seu artigo 20, §2º que a pessoa portadora de deficiência seria “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.” Para regular tal disposição, adveio o Decreto nº. 1.744/1995, detalhando que a pessoa com deficiência (na época ainda referida como pessoa portadora de deficiência) é “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.”

De acordo com a redação do Decreto, apenas as pessoas com os mais graves tipos de deficiência seriam aptas a perceber o benefício. Além da impossibilidade total de trabalhar, o indivíduo também teria que estar impossibilitado para exercer as tarefas mais básicas do cotidiano. Somado a isso, sob o viés clínico, tal incapacidade deveria ser considerada irreversível, o que na prática reduzia em muito o enquadramentos de beneficiários.²⁴⁷ Por se considerar que tal redação imputava uma restrição excessiva, inúmeras críticas e controvérsias jurisprudenciais foram levantadas para buscar uma interpretação que atenuasse o rigor que a incapacidade irreversível para a vida independente trazia. Houve, nesse sentido, a elaboração da Súmula nº. 29 na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, consolidando que a incapacidade para as atividades mais elementares não deveria ser o único fator a ser levado em conta para a concessão do BPC.²⁴⁸

2014. p. 188. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

²⁴⁷ Conforme salienta Flávio Bittencourt de Souza, a definição original “ao trazer em seu bojo outro termo de conceituação aberta, qual seja, “vida independente”, acompanhado de uma conjunção aditiva, acabou furtando-se ao seu único propósito, vindo, na prática, a criar uma grave dificuldade no processo de subsunção normativa.” SOUZA, Flávio Bittencourt de. Os efeitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na Lei Orgânica da Assistência Social. In: JORNADA DE DIREITO INTERNACIONAL, 1. 2012, Belo Horizonte, MG. **I jornada de direito internacional**. Brasília: ESMAF, 2013. p. 174.

²⁴⁸ Assim consta na aludida Súmula: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a que impossibilita de prover o próprio sustento.”

O Decreto nº. 1744/1995 acabou sendo revogado e substituído pelo Decreto nº. 6.214, em 26 de setembro de 2007. Esta nova regulação manteve-se fiel à ideia de deficiência enunciada no artigo 20, §2º, reafirmando a incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Seu texto, contudo, trouxe novos contornos à noção de incapacidade, prevendo em seu art. 4º, III que esta seria o “fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”.²⁴⁹

Esse Decreto inova ao fazer menção a fatores sociais e ambientais como agravadores da deficiência. Conforme salienta Maria Helena Pinheiro Henk, tal modificação não se deu ao acaso, mas sim em alguns meses após o Estado brasileiro ter subscrito a CDPD. Representou, assim, um primeiro avanço conceitual rumo à normativa internacional. Por outro lado ainda manteve a proteção somente aos casos mais graves de deficiência e não utilizou-se da ideia de “impedimentos” preceituada na Convenção, mas reafirmou a ideia de incapacidade.²⁵⁰

Cabe observar que no momento em que tal Decreto foi publicado (26 de setembro de 2007) apenas a assinatura da CDPD havia sido formalizada pelo Brasil. Assim, ainda prevalecia a redação principal enunciada no art. 20, §2º da LOAS. Contudo, a partir da ratificação do instrumento, em 01 de agosto de 2008, e de sua promulgação pelo Decreto Presidencial nº. 6.949 de 25 de agosto de 2009, o cenário legislativo modifica-se. O conceito de deficiência utilizado pela Convenção da ONU passa a ser um parâmetro constitucional, tornando imperiosa a adoção de providências para afastar os conceitos dissonantes em vigor.

Atenta à tal situação de desconformidade, a Procuradoria Geral da República propôs, em 10 de julho de 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 182, visando a adequação do conceito de deficiência

²⁴⁹ BRASIL. Decreto n. 1744, de 08 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 dez. 1995.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

²⁵⁰ HENK, Maria Helena Pinheiro. **Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência.** 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Oeste de Santa Catarina. Chapecó, 2014. p. 135.

utilizado na LOAS. Constatou na petição inicial que o objetivo da ação era o reconhecimento de que:

- a) o art. 20, §2º, da Lei nº8.742/93 **não foi recepcionado pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência**, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº186/2008, de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade brasileiro;
- b) o **conceito de pessoa com deficiência, estabelecido no art. I da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é de uso imperativo no direito interno brasileiro**, sendo imediatamente aplicável no que tange aos critérios para a concessão dos benefícios de prestação continuada disciplinados pela Lei nº 8.742/93. (Grifos nossos).²⁵¹

Na fundamentação da peça, a Procuradoria da República enfatizou a inadequação da noção de deficiência dada pelo artigo 20, § 2º e pelo art. 4º, II do Decreto nº. 1.744/1995 ao ponderar que o caráter restritivo da conceituação acabava gerando muitos indeferimentos do benefício de prestação continuada:

- 5. [...]De acordo com ela [a definição da LOAS] uma pessoa que apresente uma lesão física, mental, intelectual ou sensorial, que comprometa gravemente a sua participação em igualdade de condições na sociedade, e que viva em situação econômica de absoluta miserabilidade, não fará jus ao benefício, se não for considerada “incapaz para a vida independente e para o trabalho”
- 6. A consequência prática da adoção desta definição é a denegação de benefícios de prestação continuada a um número significativo de pessoas que têm deficiência e vivem em condições de absoluta penúria, comprometendo as condições materiais básicas para a sua subsistência.²⁵²

Ressaltou-se o fato de que após a incorporação da Convenção de Nova Iorque foi integrada à Constituição uma nova conceituação de deficiência, mais ampla e mais adequada às reflexões hodiernas sobre a temática. Ao detalhar tal conceito, a arguente fez referência expressa aos dois principais modelos de abordagem da deficiência, mencionando inclusive críticas que cada um deles enseja. Atentou, por conseguinte, que a Convenção da ONU “se beneficiou de todo este fecundo debate, para construir um conceito biopsicossocial da deficiência, que pode ser visto como uma síntese dialética entre os modelos biomédico e social.”²⁵³

É também destacado na ação o importante fato de que o conceito trazido pela Convenção “não exclui pessoas apenas porque conseguem trabalhar ou lidar com

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086> Acesso em 16 set. 2015. p. 1.

²⁵² *Ibidem*. p. 3, par.5 e 6.

²⁵³ *Ibidem*. p. 9, par. 35.

necessidades do seu dia a dia”²⁵⁴ - o que amplia o número de indivíduos que podem se favorecer do benefício. Reconhecendo que essa ampliação impacta no orçamento do Estado, a Procuradoria argumentou que o BPC configura-se justo como garantia do mínimo existencial para uma parcela da população extremamente necessitada, afirmando, nesse sentido, a legitimidade do socorro ao Judiciário:

Em matéria de tutela do mínimo existencial, a doutrina e a jurisprudência nacional e comparada vêm reconhecendo a legitimidade e a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, diante de violações comissivas ou omissivas perpetradas pelos demais poderes do Estado. Isto porque o mínimo existencial, pela sua relevância para a dignidade humana, liberdade e exercício de democracia, não pode ficar à mercê da vontade das maiorias legislativas de ocasião, nem dependente dos caprichos e preferências dos administradores públicos.²⁵⁵

Arrematando esse argumento, a Procuradoria advogou ainda a impossibilidade de se recorrer a noção de reserva do possível no caso, já que o direito discutido – direito fundamental das pessoas com deficiências - é intimamente ligado à garantia do mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana.

Ao rebater as teses da arguição, a Advocacia Geral da União contestou a incompatibilidade do conceito embutido no art. 20, § 2º alegando que tal dispositivo deveria ser interpretado de forma abrangente, junto com a definição de incapacidade contida no Decreto nº. 6.214/2007, que elenca fatores ambientais, e não apenas clínicos. Enfatizou-se que não haveria qualquer conflito e qualquer diferença entre o conceito da LOAS e o da Convenção de Nova Iorque, de modo que as alterações redacionais “não resultariam em mudança efetiva na concessão do benefício” e nem sequer na “ampliação do universo de pessoas favorecidas.”

Foi ressaltado também a natureza assistencial do benefício, que estaria intrinsicamente ligada com a capacidade laborativa e de vida independente da pessoa com deficiência. Por fim, pontuou-se que o conceito da Convenção seria genérico, de modo que

[...]enquanto a regra internacional versa, genericamente, sobre pessoas com deficiência, a norma interna identifica grupo específico de deficientes, aqueles que também são hipossuficientes, requisito essencial para fazer jus ao auxílio assistencial. Desse modo, os conteúdos normativos dos conceitos comparados pela autora incidem sobre bases distintas, pelo que **a ratificação**

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086> Acesso em 16 set. 2015. p. 9, par. 37.

²⁵⁵ *Ibidem*. p. 11, par. 42.

do compromisso internacional não teria o efeito de invalidar a norma interna hostilizada.²⁵⁶ (Grifos nossos).

Em nova manifestação, a Procuradoria da República impugnou a defesa da AGU e reiterou que a CDPD traz uma conceituação baseada em elementos clínicos e sociais e, sendo assim, não se coaduna com a ideia de incapacidade para a vida independente e para o trabalho trazida na norma infraconstitucional, que enfatiza apenas o aspecto médico. Em outros termos, na literalidade do conceito da LOAS a deficiência é vista como algo unicamente intrínseco à pessoa, daí sua incompatibilidade com a norma convencional. Consoante constou no parecer

Se adotado o conceito da Convenção, o benefício é devido quando a pessoa deficiente, a despeito de poder ter vida independente e trabalhar, não o consegue em razão de barreiras sociais de diversas ordens. Já para a LOAS, tais barreiras em nada repercutem, pois, como dito, o critério é exclusivamente médico [...].²⁵⁷

Foi destacado ainda que a adoção do conceito convencional não descaracterizaria o caráter assistencial do benefício, que se traduz justo no segundo requisito estipulado pela lei, qual seja, a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Nesse contexto, a Procuradoria reiterou que o que se propugna com a arguição é a adoção de um conceito uno de deficiência, qual seja, o conceito que detém status constitucional. Daí que entre a LOAS e a Constituição, a definição que deve prevalecer “certamente não se resolve com recurso a normas infralegais”.²⁵⁸

A partir dessa breve exposição vê-se que as questões levantadas na ação ilustram boa parte do debate que circunscreve o conceito de deficiência. Para além disso, elas trazem como pano de fundo as elaborações teóricas em torno da interação entre a normativa interna e internacional. Ao questionar-se, contudo, se o desfecho dessa demanda resolveu as dúvidas e controvérsias sobre a temática, tem-se uma resposta (por ora) negativa.

No caso, após a apresentação de parecer da Procuradoria Geral da República e após a prestação de informações por parte da Presidência e do Congresso Nacional, a ação foi encaminhada para o relator, Min. Celso de Mello, em 18 de Setembro de

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>. Acesso em 16 set. 2015. p. 128.

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 140, par. 14.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 141, par. 17.

2009, estando desde então conclusa e pendente de julgamento. Ocorre que nesse meio tempo, a discussão colocada em pauta na ADPF nº.182 acabou recebendo novas respostas por parte do Poder Legislativo.

Em 06 de junho de 2011 houve a aprovação da Lei nº.12.435 e, logo em seguida, em 31 de agosto de 2011, aprovou-se a Lei nº.12.470. Ambas trouxeram alterações à Lei Orgânica da Assistência Social, dentre elas a modificação do conceito de deficiência. A edição da Lei nº. 12.435/2011, em especial, suscitou ainda mais polêmicas ao trazer a seguinte redação para o art. 20, §2º da LOAS:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.²⁵⁹

À primeira vista, o problema parecia ter sido sanado pela via legislativa. Como se observa, o primeiro inciso traz uma redação muito próxima à contida no Decreto Presidencial nº. 6.949/2009 que incorporou a CDPD. Ao atentar-se para o inciso segundo, contudo, verifica-se que permaneceu no texto a ideia de incapacidade para a vida independente e para o trabalho, agora limitada à duração mínima de 2 (dois) anos. Assim, a lei acabou mantendo a mesma lógica que até então imperava. Foi além, inclusive, ao estabelecer um prazo mínimo de incapacidade para a vida independente e para o trabalho que outrora não era previsto.

Consoante apontam Folmann e Soares, nesse aspecto houve uma limitação ainda maior, que fez com que o acesso ao benefício se tornasse mais restrito do que já era. Possivelmente inspirado pelo prazo de reavaliação bienal previsto para o benefício²⁶⁰, o legislador acabou dizendo “mais do que a CF/88 quis dizer com a

²⁵⁹ BRASIL. Lei n. 12.435 de 6 de Julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/.../Lei/L12435.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

²⁶⁰ Dispõe o art. 21 da LOAS: “O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.” BRASIL. Lei n. 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

ratificação da Convenção que não prevê prazo, mas, sim, condições objetivas de verificação da deficiência.”²⁶¹

Percebendo a inadequação, em menos de três meses o Legislativo aprovou a Lei nº. 12.470/2011, que alterou novamente o conceito da LOAS, passando a assim constar em seu 20º artigo:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. §10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Com essa alteração a redação da Convenção foi fielmente reproduzida, havendo a adição da expressão “em igualdade de condições com” as demais pessoas, bem como do vocábulo “mental”, para além de “intelectual”. Da mesma forma, a ideia de incapacidade foi retirada da conceituação, sendo substituída pela noção de impedimentos, que gera uma amplitude maior de aplicação.²⁶²

Logo, o conceito de deficiência, lido em conjunto com delineamentos constitucionais do benefício, aponta para a possibilidade de ser concedido o benefício às pessoas com deficiência que não conseguem prover seu sustento e não tem como tê-lo provido por sua família. Não exige-se a total incapacidade da pessoa com deficiência para a vida e para o trabalho, sendo suficiente, além da impossibilidade de adequada subsistência, que o indivíduo apresente impedimentos de longo prazo que obstem sua participação plena e efetiva em igualdade de condições com os demais indivíduos.

É esta a redação que se encontra em vigor atualmente na LOAS. Ao menos no nível normativo, é possível afirmar que o conceito infraconstitucional igualou-se àquele trazido pela Convenção de Nova Iorque. Como se verá adiante, ainda persistem

²⁶¹ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Op. cit.* p. 87.

²⁶² Na lição de Fábio Zambratte Ibrahim, a “Lei nº. 12.470/2011 mudou novamente a recente regra criada para o benefício assistencial da LOAS. Na regra criada pela Lei nº. 12.435/2011, haveria a necessidade de existir incapacidade, a qual teria de ultrapassar dois anos, para ser qualificada como de longo prazo. A Lei nº. 12.470/2011 mantém essa restrição temporal, embora não fale mais em incapacidade, e sim em impedimento, o que permite uma aplicação mais abrangente, até pelo fato de incapacidade ser termo mais adequado à aptidão para o trabalho, o que não faria sentido para crianças, por exemplo. IBRAHIM, Fábio Zambratte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 15.

algumas dúvidas quanto à aplicação desse conceito, mas por ora, como resume Waldir Alves, é lícito firmar que

[...] antes mesmo de o STF analisar a ADPF 182, a Lei nº.12.435/2011, com a redação posterior dada pela Lei nº. 12.470/2011, atendeu o comando da *Convenção dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*, e ajustou a redação do art. 20, §2º, da Lei nº. 8.742/1993, o que terá que ser analisado pelo STF ao julgar o feito.²⁶³

Cabe mencionar mais uma questão de fundo que foi suscitada na ADPF nº. 182 e que também é bastante pertinente: a tese levantada pela Procuradoria Geral da República no sentido da desnecessidade da promulgação do Decreto Presidencial para a efetiva incorporação dos tratados de direitos humanos.²⁶⁴

A arguição foi proposta em julho de 2009, ocasião em que ainda não havia sido promulgado o Decreto Presidencial nº. 6.949/2009, datado de 25 de agosto de 2009. Logo, ao traçar o atendimento de requisitos formais para a propositura da ADPF, a Procuradoria sustentou o pleno vigor da Convenção de Nova Iorque, afirmando que a exigência deste ato legislativo não se aplica aos tratados que cuidam de direitos humanos e que forem aprovados pelo rito qualificado.

Pelo fato de o rito ser equivalente ao das emendas constitucionais, sustentou-se que “as emendas não se submetem ao crivo do Presidente da República, sendo promulgadas e publicadas pelo próprio Poder Legislativo”.²⁶⁵ Afora isso, argumentou-se que o Presidente já havia manifestado sua vontade, seja na ocasião da assinatura, seja na ocasião da ratificação, o que dispensaria nova afirmação do que já foi dito. Assim, se o Decreto Presidencial é prescindível, tem-se desde logo a plena integração da CDPD ao bloco de constitucionalidade brasileiro, noção que também é enfatizada pela Procuradoria, que designa-o expressamente como “parâmetro normativo para o exercício da jurisdição constitucional”.²⁶⁶

²⁶³ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 330.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>. Acesso em 16 set. 2015. p. 6.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>. Acesso em 16 set. 2015. p. 6.

Como se vê, a propositura de tal demanda e o movimento legislativo que a sucedeu suscita algumas reflexões a respeito da incorporação da CDPD no Brasil. Buscar-se-á no próximo ponto tecer considerações e observações conclusivas, relacionando os reflexos da Convenção com as elaborações teóricas traçadas em relação ao controle de convencionalidade.

A partir desse influxo, o intuito é apontar se houve um efetivo controle e adequação interna face à aludida convenção, destacando os limites e as possibilidades em relação a atual dinâmica que se opera entre a ordenamento pátrio e as normativas internacionais.

4.3 O CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE: UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traz consigo duas questões patentes. Por um lado, a novidade de ter sido o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado sob o rito qualificado do art. 5º, §3º da CF, o que lhe confere status constitucional. Por outro, um conteúdo transformador, com um novo conceito e uma nova racionalidade quanto à deficiência. Uma questão atrela-se à outra na medida em que a força da hierarquia diferenciada (e a adequada compreensão dos efeitos que ela enseja) influi diretamente na efetivação do conteúdo renovado que traz a Convenção. É essa a ideia que se buscará explorar neste ponto.

Desde logo, pode-se verificar que o conjunto normativo internacional cumpriu um importante papel de complementar o texto constitucional. O conceito de deficiência trazido pela Convenção supre, através de um verdadeiro diálogo de integração, uma lacuna existente no ordenamento pátrio.²⁶⁷ A presença dessa nova configuração constitucional traz consigo diversas implicações no âmbito da legislação ordinária e,

²⁶⁷ FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência produto do diálogo com o direito internacional e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 1, jan./jun. 2014. p. 63 “[...]apesar da Constituição Federal de 1988 ser vanguardista em vários aspectos dos direitos das pessoas com deficiência, não conceitua esse segmento da população e os Decretos regulamentares destinados a tal função são ineficientes.”

mesmo enfocando-se apenas uma delas - a Lei Orgânica da Assistência Social - já se percebe os reflexos significativos que ela acarreta.

No que toca à LOAS, a Convenção de Nova Iorque impulsionou, ao confrontá-la, uma alteração conceitual que há muito se fazia necessária. Conforme sustenta Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, a ideia obsoleta de incapacidade para a vida independente e para o trabalho que constava nessa norma legal ia de encontro a toda uma movimentação internacional a favor da inclusão e da valorização do potencial e capacidade das pessoas com deficiência. Nas palavras da autora, por muito tempo a Constituição não havia sido observada de modo adequado pela disposição da LOAS, já que o benefício foi previsto para a pessoa com deficiência, e não para a pessoa incapaz, termos que não são sinônimos e não deveriam ser associados para qualquer fim, sob pena de se estimular a não-preparação dessas pessoas para a vida em sociedade.”²⁶⁸

Nesse contexto, o impulso inicial para a adequação conceitual se deu justo com a propositura da ADPF nº.182, que materializou a possibilidade de o STF realizar um controle concentrado da Convenção de Nova Iorque, configurando-se, assim, como um ponto de partida para o debate.

Ainda que não tenha havido o julgamento da ação, houve uma movimentação legislativa no sentido da compatibilização da norma infraconstitucional com o preceito convencional. Logo, com o advento da Lei nº. 12.470/2011 o conceito de deficiência da CDPD foi reproduzido de forma idêntica no art. 20, §2º da LOAS, o que permite concluir que mesmo que não se tenha, até o momento, um controle de convencionalidade concentrado (pela via judicial), houve um controle e uma respectiva adequação pela via legislativa, o que já é um primeiro avanço.²⁶⁹

Isso porque trazer o novo conceito para o texto infraconstitucional implica, de acordo com a lógica da Convenção, utilizar uma noção ampliada de deficiência, que abrange um maior número de pessoas e que, ao mesmo tempo, realça o “modelo de

²⁶⁸ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 189-190.

²⁶⁹ FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: o caso da ADPF 1820/800 – DF. **RDB - Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal of Law)**, Florianópolis, vol. 6, ano 3, p. 89-108. set./dez. 2013.

direitos humanos”.²⁷⁰ Em outros termos, a utilização da norma convencional propicia essa mutação, que reavalia o conteúdo estritamente médico e aponta para a “progressiva adoção de um marco social na definição do que constitui a experiência da deficiência.”²⁷¹

Paralelamente à essa revolução conceitual²⁷², observa-se também que tanto a ADPF nº.182 quanto a alteração legislativa representam, ainda que de forma primária, um maior desvelo dos poderes estatais para com os parâmetros internacionais de direitos humanos. Conforme afirma Cançado Trindade há, atualmente, um consenso generalizado em torno da necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos e essa manifestação de consenso, no plano jurídico, “é viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.”²⁷³ Sob essa perspectiva – e ainda que de forma lenta - o movimento institucional de adequação que se procedeu no âmbito da LOAS certamente contribui para a realização desse propósito aproximativo de proteção.

A ADPF 182 já é, *per se*, bastante simbólica, mesmo estando pendente de análise. Sua propositura coloca-se como um efeito direto do modo sob o qual foi incorporada²⁷⁴, ilustrando de forma pioneira a possibilidade de um controle concentrado de convencionalidade se operacionalizar no direito brasileiro. Além disso, ao trazer em sua fundamentação a ideia de aplicabilidade imediata da norma convencional (a despeito da exigência de um Decreto Presidencial), ao afirmar o

²⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 23.

²⁷¹ DINIZ, Debora; SILVA, Janaína Lima Penalva da. Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, dez. 2012. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802012000200012&script>. Acesso em nov. 2015.

²⁷² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÊVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I. p. 712.

²⁷³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em Out./2015.

²⁷⁴ Conforme salienta André Ramos ao referir-se à CDPD, as consequências do estatuto equivalente à emenda constitucional “serão, por certo, inúmeras: desde a possibilidade de provocação do Supremo Tribunal Federal no seu papel de guardião da Constituição (ofensa ao bloco de constitucionalidade) até a revogação pura e simples de normas infraconstitucionais incompatíveis com o novo modelo.” RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 21-22.

confronto ao bloco de constitucionalidade, ou ainda, ao sustentar a efetivação de direitos sociais a partir da garantia do mínimo existencial, a arguição impele o Judiciário à análise de questões de extrema relevância no tratamento jurídico e na aplicação dos direitos humanos.

Essa provocação destaca também a especial força normativa que os tratados de direitos humanos carregam e, principalmente, aponta para novos rumos nas discussões que classicamente envolveram a incorporação dessas normas no Brasil. Especialmente após a alteração trazida pela EC nº. 45/2004, a propositura da aludida arguição é um indicativo da necessidade de se pensar a interação entre a ordem interna e internacional para além da questão do status hierárquico. O diálogo de fontes e o controle interno de convencionalidade avançam justamente nesse sentido²⁷⁵, mormente quando se cuida da proteção de direitos humanos.

Dentro deste cenário, tendo em conta a incorporação da CDPD pelo rito do §3º, cabe indagar-se se houve uma efetiva compatibilização da LOAS com os preceitos convencionais atinentes à deficiência. À primeira vista, como já se adiantou, a resposta à tal questão parece ser positiva ao se considerar as alterações que ocorreram pela via legislativa. É preciso observar, contudo, que a questão não se esgota somente neste aspecto, e tal resposta por si só seria insuficiente.

A partir das proposições teóricas delineadas no segundo capítulo, vê-se que não basta verificar a coincidência de normas para atestar o cumprimento de um tratado. É preciso ir além e observar a principiologia e a interpretação embutidas na fonte convencional, bem como a aplicação daquilo que for mais benéfico e protetivo ao ser humano.²⁷⁶ Daí que, se por um lado há um parâmetro conceitual alinhado ao que estabelece a Convenção - e, por conseguinte, a Constituição - ainda apresentam-

²⁷⁵ Conforme atentam Piovesan, Von Bogdandy e Antoniazzi, essas duas ferramentas interagem, ainda que de forma complexa e nem sempre harmoniosa, para a construção de um novo Direito Público, que valoriza o acervo jurisprudencial e parâmetros protetivos comuns a fim de buscar o fortalecimento do sistema de direitos. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. São Paulo: Campus, 2013. p. XV.

²⁷⁶ Vale repisar a lição de André Ramos nessa seara: “[...] não é suficiente ratificar e incorporar tratados de Direitos Humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional). É necessário aceitar – em sua integralidade – a consequência da internacionalização dos Direitos Humanos, que vem a ser o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos.” RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235 Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 out. 2015. p. 516-517.

se algumas dificuldades e dúvidas na efetiva implementação da racionalidade que o diploma internacional agrega, tanto no plano prático, quanto no plano legislativo.

No plano prático, conforme atenta Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ainda é, infelizmente, “desconhecida por grande parte dos cidadãos e dos profissionais do direito”.²⁷⁷ Tal desconhecimento, por vezes, é acompanhado de certo descaso com a aplicação da normativa internacional, e o produto dessa soma acaba obstando o desenvolvimento de um controle judicial de convencionalidade e a aplicação do conteúdo da CDPD. Nas palavras de Eduardo Appio, é possível inferir que

O controle de convencionalidade não tem sido utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros. [...] Muito embora possa (deva) ser deflagrado de ofício – a exemplo do controle difuso de constitucionalidade – os juízes brasileiros não têm considerado as convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte formal e material de Direito para as suas decisões.²⁷⁸

Essa desatenção ocorre mesmo com a atribuição de estatura constitucional à CDPD. Consoante observa Luiz Alberto David Araújo, ainda vivencia-se hodiernamente os efeitos de uma educação segregada e os efeitos de uma sociedade não inclusiva. E dentro desse cenário, “a Constituição apenas não é suficiente”.²⁷⁹

No caso específico do LOAS, o desconhecimento acaba perpetuando ideias já superadas normativamente, e gerando aplicações desconformes. A título de ilustração, pode-se mencionar recente julgado, proferido em sede de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP, e assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ACÓRDÃO QUE APONTA A CAPACIDADE LABORATIVA DA PARTE AUTORA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos (perícia médica), concluiu pela ausência de comprovação da incapacidade física para fins de concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência (art. 20, caput e parágrafos, da Lei 8.742/93). 2. Assim, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria,

²⁷⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I. p. 698.

²⁷⁸ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013.p. 210-211.

²⁷⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Painel sobre a proteção das pessoas com deficiência no Brasil: a aparente insuficiência da Constituição e uma tentativa de diagnóstico. In: **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 509.

necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 648.782/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 17/11/2015).

No caso em questão, o Ministério Público Federal buscou esclarecer a interpretação do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93, afirmando desde logo que não se pretendia “discutir a existência ou não da incapacidade laborativa do autor da demanda, mas tão somente avaliar se o Tribunal de origem atribuiu corretamente efeitos jurídicos aos fatos provados em perícia médica”.²⁸⁰

Inicialmente, na fundamentação do Agravo no Recurso Especial, o *Parquet* fez menção direta à CDPD e argumentou que “o conceito de deficiência para fins de concessão do benefício de prestação continuada está relacionado com o grau de dificuldade de interação social do sujeito, consideradas suas circunstâncias pessoais e sócio-culturais” e ainda que “a Lei da Assistência Social não mais traz como requisito a incapacidade total para o trabalho e para a vida independente.”²⁸¹

A decisão monocrática que julgou este primeiro agravo negou o provimento, o que ensejou a interposição do Agravo Regimental e a remessa à Primeira Turma do STJ.

A decisão colegiada foi igualmente negativa. No corpo do acórdão, o STJ fez remissão à decisão do juízo *a quo*, que havia disposto que o autor não preencheria o requisito da deficiência pois “a lei fala em pessoa deficiente que apresente incapacidade total e permanente, e, no caso, este requisito não restou comprovado, vez que o autor, não apresenta incapacidade para atividades laborativas, conforme comprova o laudo pericial.”²⁸²

Ao decidir a questão, os Ministros da Primeira Turma, por unanimidade, acompanharam o relator e assim acordaram:

Na espécie, o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, entendeu que a parte autora não logrou comprovar a incapacidade para o

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP**. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 05 nov. 2015, p. 2. DJe. 17 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1461324&num_registro=201500004460&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2015.

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP**. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 29 set. 2015, p. 1. DJe. 05 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52866137&num_registro=201500004460&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: out. 2015.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP**. p. 3.

trabalho e para a vida independente, requisito legalmente exigido à concessão do benefício assistencial [...]. Portanto, em que pesem os argumentos deduzidos pelo agravante, não se vislumbra, de plano, qualquer violação aos artigos de lei federal invocados, de forma que a alteração das conclusões adotadas, tal como colocado pelo recorrente, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.²⁸³

Ainda, no bojo da decisão, se fez menção a outros julgados, também recentes e proferidos no STJ, dando conta da mesma matéria:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DEFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE TOTAL DA PARTE AUTORA. REVISÃO DA CONCLUSÃO ADOTADA NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Conforme ficou decidido no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito do art. 543-C do CPC, "regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo" (STJ, REsp 1.112.557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 20/11/2009). II. **No caso, contudo, o Tribunal de origem analisou as provas dos autos e concluiu pela inexistência de incapacidade total da parte autora.** Diante desse quadro, a inversão do julgado demandaria incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, a teor da Súmula 7 do STJ. III. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 582.363/SP, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, DJe de 4/3/2015). (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. **AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE.** REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 130 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. **O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que o autor não está incapacitado para o trabalho e para a vida independente, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado.** 2. Rever o entendimento da instância de origem requer revolvimento do conjunto fático-probatório, visto que a instância a quo utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Os arts. 130 e 131 do CPC consagram o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes, indeferindo as que, fundamentadamente, reputar inúteis ou protelatórias. 4. Quanto à interposição pela alínea "c", a jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de que a incidência de sua Súmula 7 impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto com base na qual deu solução à causa a

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP.** Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 05 nov. 2015, p. 3-4. DJe. 17 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1461324&num_registro=201500004460&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2015.

Corte de origem. 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp nº 1.485.111/PR. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 26/11/2014). (Grifos nossos).

A simples leitura de tais amostras já ilustra que, a despeito de se ter desde 2011 um novo conceito de deficiência na LOAS, a noção estritamente clínica de incapacidade total para a vida independente e para o trabalho ainda encontra-se arraigada na racionalidade de decisões sobre o tema.²⁸⁴ Apesar de os preceitos trazidos pela Convenção de Nova Iorque terem, “inegável força normativa, em especial para direcionar o aplicador a interpretar todo o ordenamento jurídico (dado o caráter constitucional da Convenção no Brasil) no sentido da inclusão das pessoas com deficiência”²⁸⁵ tal realidade parece não ter sido assimilada por parte do Judiciário.

Consoante ressalta Roberto de Figueiredo Caldas, ao comentar as obrigações impostas pelo artigo 4º da CDPD, a ideia de promoção de direitos assumida pelo Estado exige o fomento e a disseminação de uma cultura de não discriminação. Nas suas palavras,

[...]o desrespeito aos direitos dos grupos vulneráveis, entre os quais as pessoas com deficiência, reflete padrões socialmente arraigados, como a visão estereotipada da pessoa com deficiência e o preconceito. Para combater a realidade discriminatória eficazmente, exige-se do Estado uma postura ativa e até mesmo combativa na superação de estruturas institucionais e sociais excludentes. Por isso mesmo, o combate à discriminação é o ponto fulcral da proteção das pessoas com deficiência.²⁸⁶

Superar essa visão estereotipada que se mostra com a utilização de termos e conceitos que já não se aplicam, e superar o alheamento presente nas estruturas do Estado face às normas convencionais (em especial o Poder Judiciário, aqui destacado) é, portanto, um primeiro desafio que se coloca para a efetiva realização dos propósitos trazidos pela CDPD.

²⁸⁴ Consoante pontua Roberto Caldas, “entre os mitos e estereótipos decorrentes do desconhecimento sobre a realidade das pessoas com deficiência está o da incapacidade.” Tal parece ser a situação que se enuncia. CALDAS, Roberto de Figueiredo. Artigo 4: Obrigações gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 50. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>.

Acesso em: nov. 2015.

²⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 24.

²⁸⁶ CALDAS, Roberto de Figueiredo. *Op. cit.* p. 48.

Para além dessas dificuldades práticas, outras dúvidas também se apresentam ao mirar-se o plano legislativo.

Como mencionado, o atual conceito reproduzido no art. 20 da LOAS prevê que a pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo que, ao interagirem com diversas barreiras, possam obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O §10º deste mesmo artigo acrescenta que os impedimentos de longo prazo são aqueles que produzam efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. Observa-se que o mesmo artigo da LOAS (art. 20) que adota em seu §2º o texto da Convenção *ipsis litteris*, também inova ao definir em seu §10º um parâmetro temporal à noção de deficiência.

Tal dispositivo tem suscitado na doutrina alguns questionamentos sobre sua constitucionalidade/convencionalidade. Isso porque anteriormente inexistia qualquer limitação temporal mínima definida em lei para a caracterização da deficiência.

Algumas posições doutrinárias vem sustentando, nesse sentido, que a exigência de tal prazo pode esvaziar a pretensão constitucional, pois configura o requisito da deficiência somente a partir dos dois anos de duração das limitações no organismo. Isso acaba deixando de lado os demais fatores e complexidades que envolvem o conceito da Convenção, além de também trazer dificuldades probatórias, pois o próprio estabelecimento de um prognóstico é por vezes difícil e bastante conjectural. A imposição legal deste mínimo temporal, assim, novamente se traduziria como uma redução do espectro de indivíduos com deficiência que poderiam acessar este direito.²⁸⁷

Conforme observa Eduardo Appio, com o advento da Convenção de Nova Iorque o legislador brasileiro tem um novo parâmetro a seguir, devendo observar a lógica da Convenção para dar os contornos ao benefício previsto constitucionalmente. De acordo com seu entendimento,

O direito constitucional a uma renda mínima em favor dos deficientes foi criado com a finalidade de assegurar vida digna aqueles que não possuem qualquer meio para se manter por conta de uma limitação funcional. A imposição de um prazo de dois anos, porque alheia a qualquer fundamento técnico e científico, acaba por se traduzir em uma importante limitação da eficácia deste direito fundamental, rompendo com os princípios imanentes da própria Convenção de Nova York. Basta recordar que antes da promulgação

²⁸⁷ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Op. cit. p. 207.

e publicação do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 – o qual incorporou a Convenção de Nova York como verdadeira Emenda à Constituição de 1988 – estes benefícios de renda mínima eram concedidos sem qualquer exigência de que o impedimento se desse por “longo prazo”, ou seja, a Convenção de Nova York está sendo interpretada no Brasil com um sentido que acaba por produzir resultado prático diametralmente oposto à sua declarada finalidade de proteger os deficientes.²⁸⁸

Na mesma linha, Diniz e Silva atentam que mesmo antes da ratificação da Convenção a Constituição Federal definiu a assistência social a partir da ideia de proteção de necessidades, justamente para abarcar os indivíduos que não recebem proteção da Previdência. Somado a isso, no que diz com a deficiência, a Constituição teria se referido a tal condição sem estatuir qualquer tipo, grau ou qualidade para os impedimentos corporais. Logo, um sentido mais aberto da ideia de impedimentos seria de “grande valia na aplicação de direitos, na medida em que permite que o caso concreto complete o entendimento conforme uma definição justa para cada caso individual.”²⁸⁹

Segundo as autoras, o recorte feito pela lei – a duração dos impedimentos, que pressupõe um prognóstico ruim – afrontaria os propósitos da Convenção de assegurar a igualdade e inclusão. Nesse contexto, a justificativa para a “redescrição da deficiência em termos estritamente trágicos (mau prognóstico e longa duração do estado de impedimento)”²⁹⁰ tem uma motivação específica, qual seja, reduzir o impacto orçamentário do benefício e garantir apenas o mínimo social. Nas suas palavras:

É preciso observar como essa regulamentação da Convenção transforma o cenário de assistência ao deficiente, na medida em que além dos impedimentos, avaliados no nível biomédico, o mau prognóstico também será decisivo para a concessão do benefício. Esses qualificadores não estão na Constituição Federal, tampouco na Convenção. Na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 182, de 10 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República impugnou o conceito de deficiência disposto na redação original do § 2 do artigo 20 da LOAS (BRASIL, 2009b).

²⁸⁸ O autor também acrescenta que “[...] a referida Lei Federal 12.470/2011 é fruto de conversão de Medida Provisória nº 529/2011 editada pela Presidente da República em que praticamente inexistiu qualquer debate ou audição dos diretamente afetados pela medida”. APPIO, Eduardo. *Op. cit.* p. 205, 207.

²⁸⁹ DINIZ, Debora; SILVA, Janaína Lima Penalva da. *Op. cit.* p. 262-269. Corroborando essa ideia, Folmann e Soares pontuam que o benefício já é revisado a cada dois anos e mesmo antes deste prazo o INSS tem a prerrogativa de fazer revisões caso entenda que a concessão derivou de erro ou fraude. Nessa linha, para os autores, o intuito maior dessa garantia assistencial é oferecer proteção ao “cidadão privado do mínimo de dignidade humana”, e sobretudo, dar condições para a inclusão, de modo que não seria plausível definir um prazo para a deficiência quando já há previsão legal de que com a cessação dessa condição cessa o benefício. FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Op. cit.* p. 88.

²⁹⁰ DINIZ, Debora; SILVA, Janaína Lima Penalva da. *Op. cit.*

Mesmo incorporando a Convenção, a LOAS permanece instituindo restrições por vias transversas como a fixação da duração do impedimento pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.²⁹¹

Embora tal questão ainda seja incipiente, os argumentos supramencionados por certo colocam algumas interrogações em face do acréscimo conceitual que atualmente consta na LOAS. Sobre o tema, Folmann e Soares afirmam que “parece-se, neste particular, que o requisito objetivo de 2 anos para a aferição da incapacidade está fadado às mesmas discussões judiciais que ocorreram (e ocorrem) com requisito o requisito objetivo de ¼ do salário mínimo no deslinde da miserabilidade.”²⁹² Este é, portanto, um segundo desafio que se enuncia a partir do plano normativo.

Como se vê, ambos os desafios convergem em um ponto: seja no debate inaugurado com a ADPF nº. 182 (e no reflexo distanciamento prático de parte do Judiciário face à tal discussão), seja nos questionamentos que tem sido colocados ante o prazo legal dos dois anos, tem-se em comum a busca por uma adequação em face das disposições trazidas pela Convenção de Nova Iorque. É pertinente, nesse cenário, pensar tais questões à luz do controle de convencionalidade.

Conforme se expôs, o pressuposto basilar para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos diplomas internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. Tal aspecto é indiscutível em relação à CDPD. Junto à tal pressuposto, consoante leciona Flávia Piovesan, “se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé”.²⁹³ Ao lado dessas premissas, tem-se ainda uma Constituição “explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos”²⁹⁴, o que apenas realça a identidade de objetivos quanto à proteção da pessoa humana.

Com base nessa ordem de ideias é que sustenta-se hodiernamente que a legislação infraconstitucional encontra-se submetida a “novos limites materiais, postos

²⁹¹ DINIZ, Debora; SILVA, Janaína Lima Penalva da. *Op. cit.*

²⁹² FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Op. cit.* p. 89.

²⁹³ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p.142.

²⁹⁴ LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Manole, 2005. p. 82.

nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais”.²⁹⁵ Daí urge a necessidade de se implementar um controle interno de convencionalidade.

Sobretudo, é preciso compreender que tal aferição de compatibilidade não se faz somente com a verificação de textos normativos coincidentes. Em outros termos, não basta a adequação pela mera cópia, não basta um engajamento somente formal. Consoante a proposta teórica de André de Carvalho Ramos, o controle de convencionalidade no âmbito interno deve também observar a lógica que permeia os preceitos do tratado e a interpretação dada a ele pelo órgão competente. Apenas com tal observância é que é possível “chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos”, e só assim também é que abre-se espaço para o diálogo e para um refinamento interpretativo a partir da “fertilização cruzada entre o Direito Interno e o Direito Internacional.”²⁹⁶

O papel do Judiciário, nessa perspectiva, é essencial para a proteção dos direitos e da lógica que advém desses tratados. Na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tal papel é destacado pelo próprio Comitê da ONU que o monitora, que assim dispõe:

[...]signing or ratification of the Convention alone creates a strong interpretative preference in favour of the Convention. This means that the judiciary will apply domestic law and interpret legislation in a manner that is as consistent as possible with the Convention, applying a commonly held constitutional assumption that the domestic law of a State does not intend to be inconsistent with the State's international obligations. In addition, as evident through case law developed before the adoption of the Convention, States recognize their obligation to apply the principles of equality and non-discrimination in protecting and promoting the rights of persons with disabilities.²⁹⁷

A concretização dos compromissos assumidos pelo Estado perpassa, portanto, a observação judicial das mudanças que a Convenção trouxe²⁹⁸, e isso enseja um

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: _____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013. p. 66.

²⁹⁶ Nas palavras de Ramos: “[...]há benefícios advindos da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, pois a comparação recíproca e o dialogo interinstitucional gerado promovem a emergência de interpretações jurídicas extraídas de profunda reflexão.” RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. p. 514.

²⁹⁷ UNITED NATIONS [UN]. **Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=247>>. Acesso em: out. 2015.

²⁹⁸ Na lição de Luiz Alberto David Araújo, a adesão à Convenção implica assumir que seus princípios estarão presentes “não só na formulação das futuras leis, como também estarão presentes, de forma

olhar mais amplo no momento da aplicação do direito. Isto é, a intersecção das ordens jurídicas deve ser vislumbrada e as possíveis leituras hermenêuticas devem orientar-se para a busca de um diálogo e para a aplicação do que seja mais benéfico e protetivo ao indivíduo.

Para o desafio prático que se enunciou, o fomento de um controle de convencionalidade se coloca como uma alternativa, na medida em que destaca a visão do trapézio jurídico contemporâneo e viabiliza a realização dos standards em matéria de direitos humanos. Tal alternativa não é singela, pois exige mudanças que certamente não ocorrem rápida e espontaneamente. Como adverte Flávia Piovesan, “além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional”.²⁹⁹ No mesmo sentido, é a precisa lição de Wagner Menezes:

[...]essa influência crescente do Direito Internacional sobre a produção normativa do Direito Interno não mais pode ser ignorada pelo Estados e indivíduos, sob pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos ou pela possibilidade de não exercício deles, ou ainda, no caso específico dos operadores do direito, não saber interpretar o verdadeiro sentido normativo e teleológico de muitos dispositivos que povoam a constelação normativa de seu Estado.³⁰⁰

É preciso esforços, portanto, para romper tal descaso. A aprovação de uma convenção como a dos Direitos das Pessoas com Deficiência advém, sobretudo, para confrontar a sociedade com o dever de implementação de direitos tidos como já assegurados a todos. Daí que emerge, de acordo com Ramos, a demanda por mudanças tanto na linguagem de direitos³⁰¹ como na própria cultura e prática jurídica, que não podem negligenciar que as questões colocadas quanto as pessoas com deficiência são questões afetas a direitos (e suas violações), e não à mera ótica

obrigatória, nas decisões dos juízes”. ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: princípios gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 42. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

²⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. p. 141.

³⁰⁰ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: **Pensar – Revista de Ciencias Jurídicas**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 134-144, mar. 2007. p. 143.

³⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. p. 19, 34.

caridosa ou humanitária.³⁰² E no trato desses direitos, o controle de convencionalidade pode ser uma ferramenta bastante útil.

Para o segundo desafio, que se enuncia pelas críticas e questionamentos ao §10º da LOAS, o exercício do controle de convencionalidade também se coloca como uma alternativa.

Ainda que não se firme uma resposta acabada para a inquietação relativa ao prazo temporal³⁰³, parece lícito supor que seria no mínimo insensato excluir automaticamente toda e qualquer situação de impedimentos que não atenda aos dois anos previstos na lei. Na esteira do que defendem Rocha e Baltazar Junior, “considerando o caráter precário do benefício, não é razoável que um cidadão que fica incapacitado (*sic*) por mais de um ano, e cuja subsistência não possa ser provida pela sua família, não receba nenhuma espécie de assistência.”³⁰⁴ Especialmente em casos limítrofes, uma relativização do prazo dos dois anos parece inevitável, correndo-se o risco de se ferir a dignidade humana, e de retroceder à uma interpretação menos favorável, acobertada – paradoxalmente – pela utilização do conceito renovado da Convenção.

Há que se repisar, nesse sentido, que a própria Convenção tem um viés marcadamente aberto para possibilitar uma maior proteção. É o que se verifica da análise das orientações interpretativas dadas pelo Comitê da ONU sobre os Direitos

³⁰² Ao falar sobre direitos humanos e deficiência, Leandro Despouy faz uma pertinente advertência: “As a preliminary warning, it should be pointed out that to deal correctly with this topic it is essential to rid ourselves of any feelings of pity or commiseration. We are not dealing with a strictly humanitarian problem, still less with a situation requiring our charity. Far from that, the treatment given to disabled persons defines the innermost characteristics of a society and highlights the cultural values that sustain it. It might appear elementary to point out that persons with disabilities are human beings - as human as, and usually even more human than, the rest. The daily effort to overcome impediments and the discriminatory treatment they regularly receive usually provides them with special personality features, the most obvious and common of which are integrity, perseverance, and a deep spirit of comprehension and patience in the face of a lack of understanding and intolerance. However, this last feature should not lead us to overlook the fact that as subjects of law they enjoy all the legal attributes inherent in human beings and hold specific rights in addition.” DESPOUY, Leandro. **Human Rights and Disabled Persons**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm>>. Acesso em: nov. 2015.

³⁰³ Não se negligencia que a ideia de impedimentos de longo prazo é um conceito jurídico indeterminado, que não teve uma definição precisa na Convenção de Nove Iorque. A discussão que entorna o prazo definido pelo legislador brasileiro por certo envolve o aprofundamento de outras conceitos e questões que excedem os limites do presente trabalho. Por isso, apenas enuncia-se tal problemática, pontuando brevemente alguns aspectos que podem ser levados em conta à luz do controle de convencionalidade, sem contudo, ter a pretensão de esgotá-la.

³⁰⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 589.

das Pessoas com Deficiência, que infirma a conceituação da Convenção como um piso mínimo a ser observável:

[...] the treaty does state that the term includes persons who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments that, in the face of various negative attitudes or physical obstacles, may prevent those persons from participating fully in society (article 1). **The Convention indicates, rather than defines, who are persons with disabilities. Persons with disabilities “include” those persons with long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments; in other words, the Convention protects at least those individuals. Implicit in this indication is the understanding that States may broaden the range of persons protected to include, for example, persons with short-term disabilities.**³⁰⁵ (Grifos nossos).

Logo, independentemente das posições e argumentos levantados sobre a duração dos impedimentos é certo que esta indicação interpretativa do Comitê deve ser levada em conta nos casos concretos.³⁰⁶ Para além disso, deve-se ter como norte o comando do artigo 4º da Convenção, que veda eventuais retrocessos e a aplicação de normas que ofereçam um menor grau de proteção. Como bem arremata Roberto Caldas

A Convenção somente pode ser implementada no sentido de ampliar a proteção às pessoas com deficiência, jamais de modo a restringi-la. Isso significa que as normas internas e internacionais devem interagir. O que define qual norma deve ser aplicada, se a interna ou a internacional, não é uma hierarquia formal previamente estabelecida, mas sim a substância da norma, devendo prevalecer aquela que conferir a proteção mais ampla ao ser humano. Desse modo, a Convenção estabelece padrões mínimos que os Estados estão obrigados a cumprir, mas não restringe padrões máximos, ficando aberta aos aportes plurais que os Estados têm a oferecer.³⁰⁷

O exercício de um controle difuso de convencionalidade,³⁰⁸ atento à principiologia da Convenção e ao comando contido em seu art. 4º certamente poderia

³⁰⁵ UNITED NATIONS [UN]. **Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=223>>. Acesso em: nov. 2015.

³⁰⁶ Conforme assinala Ramos, “agora temos, além da Constituição, um tratado de estatuta constitucional e dois intérpretes: o Supremo Tribunal Federal, guardião do bloco de constitucionalidade, e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que pode exarar recomendações gerais e específicas ao Brasil sobre a interpretação e implementação dos direitos da Convenção.” RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 320.

³⁰⁷ CALDAS, Roberto de Figueiredo. Artigo 4: Obrigações gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 51. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

³⁰⁸ Eduardo Appio defende tal perspectiva, ressaltando que “a atividade legislativa neste caso confrontou diretamente com o princípio imanente à própria adesão do Estado brasileiro à citada

operacionalizar a mitigação da regra dos dois anos nas situações concretas que chegam ao Judiciário.³⁰⁹ O Judiciário atuaria aqui de modo bastante ativo, justamente para fazer complementações direcionadas a realizar a dignidade humana.³¹⁰ O fomento de tal controle, também para este segundo desafio, mostra-se como um meio a ser explorado rumo à concretização da CDPD.

A despeito do reflexo positivo que a CDPD trouxe ao impulsionar a modificação do conceito na LOAS, insiste-se: tal é feito é apenas um primeiro passo. Ainda se faz necessária uma maior ciência de que a norma interna tem agora um novo contorno a guiar seu sentido e que tal contorno fornece novos vetores para o Poder Judiciário proferir suas decisões.³¹¹

Nesse percurso, uma verificação acrítica da coincidência de textos é um atalho insuficiente. Ao revés, o fomento de um controle de compatibilidade que leve em conta a especial força normativa agregada na norma de fonte convencional, e que se oriente para coordenar da melhor forma as interpretações que ela enseja, coloca-se como um dos possíveis caminhos que se abrem para um avanço real na implementação da CDPD e na construção dos direitos que ela enuncia. São esforços nesse sentido que podem transparecer um engajamento efetivo do Estado brasileiro em face de seus compromissos internacionais, e, sobretudo, em face de seu comprometimento com a realização dos direitos mais essenciais da pessoa humana.

convenção [...] cabendo ao julgador da causa (juiz) recusar a aplicação deste dispositivo legal porque absolutamente inconstitucional." APPIO, Eduardo. *Op. cit.* p. 210.

³⁰⁹ Folmann e Soares pontuam que "embora a jurisprudência ainda tenha que assimilar a nova redação, certo é que a dignidade da pessoa humana jamais poderá ser mensurada com critérios matemáticos e objetivos. Resta-nos então provocarmos no judiciário a interpretação constitucional do benefício, não só a luz do direito da seguridade social isolado, mas a luz do sistema jurídico brasileiro, afastando aquele mal que parece consumir o direito previdenciário de que ele encontra respostas em si mesmo." FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Op. cit.* p. 89.

³¹⁰ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 118. Ao enfrentar tal ponto, a autora lembra a lição de Andreas Krell nesse sentido: "Num Estado Social, modelo adotado pela Carta Brasileira de 1988, o Poder Judiciário é exigido a estabelecer o sentido ou a completar o significado da legislação constitucional e ordinária que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica, o que o dá o papel de 'legislador implícito'. Dessa maneira, a agenda da igualdade redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos." KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 98.

³¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: princípios gerais. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SDH/PR, 2014. p. 42. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

5 CONCLUSÃO

Como se verificou ao início deste trabalho, a afirmação dos direitos humanos na contemporaneidade - ao resgatar a ideia de dignidade humana como valor-fonte do Direito³¹² - ensejou profundas mudanças no papel do Estado e nas estruturas jurídicas.

Ao serem plasmados em tratados e convenções internacionais como patamares mínimos a serem compartilhados globalmente ou regionalmente, os direitos humanos ganharam força expansiva, avançaram em conteúdos e conferiram proteção para além das fronteiras internas. Sobretudo, por meio de tratados, essa força expansiva do direito internacional dos direitos humanos se aproximou do direito constitucional, havendo trocas recíprocas, convergências e, por vezes, dissonâncias.³¹³

Para explicar essa convivência, por muito tempo se debateu no direito pátrio a verificação do status hierárquico que os tratados deveriam ostentar perante o ordenamento jurídico interno. Ocorre que, ainda que persista tal debate, com o advento da emenda n. 45/2004 e com a posição de supralegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento da prisão do depositário infiel, a ideia de um controle de convencionalidade abriu-se como um novo capítulo dentro dos possíveis contatos entre o direito interno e o internacional.

Ao reconhecer que os tratados de direitos humanos possuem um status diferenciado no ordenamento pátrio se reconhece também que as leis internas estão submetidas a novos limites materiais. Os preceitos constantes nos tratados, assim, passam a ser parâmetros de validade para as normas infraconstitucionais, podendo paralisá-las caso elas sejam menos benéficas e protetivas ao ser humano.

Tal constatação, somada com a obrigação que os tratados internacionais naturalmente trazem à todos os poderes do Estado (dar efetivo cumprimento a seus preceitos) e somada com os ditames expedidos pela Corte Interamericana de Direitos

³¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

³¹³ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Op. cit.*

Humanos, impõe do Poder Judiciário nacional um dever de observância e controle da compatibilidade das normas internas com as normas convencionais.

Acima de tudo, é mister que tal controle (que pode se dar de forma difusa ou concentrada) não se faça de modo irrefletido, mas que leve em conta as possíveis interpretações da norma convencional, bem como a tendência hodierna orientada para a coordenação e o diálogo entre as distintas fontes normativas.

Entrelaçando tais considerações com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu inédito modo de aprovação no Brasil, buscou-se ilustrar a necessidade de uma maior atenção a esse novo mecanismo e ao seu potencial de aperfeiçoar a aplicação de direitos.

Com a aludida Convenção, viu-se de modo pioneiro a possibilidade de se operacionalizar um controle de compatibilidade pela via concentrada. Viu-se, contudo, que a despeito desse primeiro indício rumo a um maior controle normativo, ainda se colocam vários desafios pela frente até que se possa falar em uma efetiva implementação dos preceitos inovadores que ela trouxe.

A despeito de se tratar, *in casu*, de um diploma com status constitucional, e a despeito de se ter desde 2008, com o julgamento do RE nº. 466.343-1/SP, um tratamento diferenciado aos tratados que cuidam de direitos humanos, a força que advém de tais normas e o potencial que pode-se extrair delas ainda é vislumbrado de modo parcial por parte do Judiciário. Essa falta de visibilidade e atenção com os vetores convencionais gera não apenas uma aplicação insuficiente de direitos, mas também a reprodução de visões e interpretações já superadas ou estereotipadas, que vão justamente de encontro aos avanços que se almejam.

A temática da deficiência possui agora um novo parâmetro a lhe servir de guia dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Essa visão renovada e inclusiva da deficiência que advém com a CDPD não pode mais ser ignorada ou utilizada somente de modo superficial, sem se compreender a racionalidade e a principiologia que entornam esse novo modelo de abordagem.

A densificação de um controle judicial atento ao conceito de deficiência que agora integra a Constituição (e à toda a lógica que o envolve) coloca-se, nesse contexto, como um meio juridicamente posto para a concretização dos compromissos

assumidos pelo Estado brasileiro e, por conseguinte, para a consolidação de standards protetivos mínimos ao ser humano, visto em toda a sua diversidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Painel sobre a proteção das pessoas com deficiência no Brasil: a aparente insuficiência da Constituição e uma tentativa de diagnóstico. In: ROMBOLI, Roberto; CORRÊA DE ARAÚJO, Marcelo Labanca. (orgs.). **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceanne. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: **Civilistica, Revista eletrônica de direito civil**. ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 24 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier: Campus, 2004.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. São Paulo: Campus, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Coleção de Leis do Brasil de 1945**, 22 de outubro de 1945. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 72.131-1/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 23 nov. de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 79.785/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 mar. de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 dez. de 2008.

_____. Decreto n. 1744, de 08 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 dez. 1995**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/.../d6949.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. Lei n. 12.435 de 6 de Julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/.../Lei/L12435.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Lei n. 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Brasília: SDH/PR, 2014. p. 42. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios>>. Acesso em: nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP.** Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 29 set. 2015, p. 1. DJe. 05 out. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52866137&num_registro=201500004460&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 648.782/SP.** Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 05 nov. 2015, p. 2. DJe. 17 nov. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1461324&num_registro=201500004460&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086> Acesso em 16 set. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: out./2015.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CIDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Noviembre de 2003.

CIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COURTIS, Christian. **La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante um nuevo paradigma de protección?** Disponível em: <biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2468/10.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2015.

DESPOUY, Leandro. **Human Rights and Disabled Persons**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm>>. Acesso em: nov. 2015.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

_____; SILVA, Janaína Lima Penalva da. Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, dez. 2012. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802012000200012&script=>. Acesso em nov. 2015.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: o caso da ADPF 1820/800 – DF. **RDB - Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal of Law)**, Florianópolis, vol. 6, ano 3, p. 89-108. set./dez. 2013.

FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago de Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência produto do diálogo com o direito internacional e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 1, jan./jun. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Derechos y garantías: la ley del mas debil**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2001.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. O benefício de assistência social previsto na CF/88, artigo 203, V, à luz da Lei nº. 12.435/2011. **Revista Magister de Direito Previdenciário**, n. 4, ago./set. 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I.

_____. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença. et al. (Coord.). **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. I, p. 19-31.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI**, [S.l.], dez. 2009. ISSN 1980-2587. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/16128>>. Acesso em: 14 set. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos das pessoas com deficiência: a Convenção ainda não vale como Emenda Constitucional**. Disponível em: <fg.jusbrasil.com.br/.../direitos-das-pessoas-com-deficiencia-a-convencao>. Acesso em 05 out. 2015.

HENCKAERTS, Jean-Marie. **Desarrollo del derecho internacional humanitario y la continua pertinência de la costumbre**. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2010, vol.10, pp. 539-566. ISSN 1870-4654. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542010000100016&lang=pt>. Acesso em 02 set. de 2015.

HENK, Maria Helena Pinheiro. **Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Oeste de Santa Catarina. Chapecó, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis; Garopaba: Fundação Boiteux: IDHID, 2009.

_____. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao, Spain: Desclée de Brouwer, 2000.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. **Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização**. Sur, Rev. int. direitos humanos. São Paulo, v. 3, n. 4, Junho, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100010&script=sci_arttext. Acesso em: 13 set. 2015.

HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. **Human Rights in Global Politics**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

_____. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica e Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>>. Acesso em: 02 out. de 2015.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. (rev. e aum). Rio de Janeiro: Renovar, 2001

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: **Pensar – Revista de Ciencias Juridicas**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 134-144, mar. 2007.

NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión**. Barcelona: Paidós, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LexMagister, v. 77, n. 4,

out./dez. 2011. p. 108-109. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28316>>. Acesso em 03 nov. 2015.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 104, p. 241-286, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 02 out. 2015.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEITENFUS, Ricardo A. S.; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Introdução ao direito internacional público**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 7.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos In: IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010. v. IV.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SOUZA, Flávio Bittencourt de. Os efeitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na Lei Orgânica da Assistência Social. In: JORNADA DE DIREITO INTERNACIONAL, 1. 2012, Belo Horizonte, MG. **I jornada de direito internacional**. Brasília: ESMAF, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo (Coautor). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNITED NATIONS [UN]. General Assembly Doc. A/RES/37/52 of 03 december 1982. **World Programme of Action concerning Disabled Persons**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r052.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____. General Assembly Resolution n. 3447 of 09 december 1975. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. Disponível em: www.un-documents.net/a30r3447.htm.> Acesso em: 31 out. 2015.

_____. **Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=247>. Acesso em: out. 2015.